Prof. NICOLA COVIELLO



# CORSO COMPLETO
DEL
# DIRITTO DELLE SUCCESSIONI

2ª edizione

CURATA

dal Prof. LEONARDO COVIELLO
DELLA R. UNIVERSITÀ DI PALERMO

**Volume II.**

**Successioni legittime e testamentarie**

NAPOLI
**Lorenzo Alvano**, Libraio-Editore
Via Università, 26 - S. Marcellino, 1
1915

# Successioni legittime e testamentarie

## — I —

## Concetti generali e fondamentali.

§. 1. <u>Introduzione</u>. — Quest'anno mi propongo di svolgere il corso delle successioni legittime e testamentarie, il quale, a dir il vero presuppone molte di quelle cognizioni - ampiamente svolte - in altro corso sulla parte generale delle successioni. Perciò è bene premettere alcune di quelle nozioni, ma in modo elementare e sommario.

§. 2. <u>Significato della parola «successione»</u>

Anzitutto che significa nel linguaggio giuridico la parola successione? La parola succedere, etimologicamente, non altro vuol dire che il sottentrare di uno nel posto di un altro, (sub, e cedere) e nel linguaggio giuridico significa il sottentrare di una persona nello stesso rapporto giuridico di cui era soggetto un'altra. Cosicchè il concetto di successione apparisce essere comune e generale a tutto il dritto: ogni qualvolta in un

rapporto giuridico muta il soggetto, restando immutato il suo contenuto, si ha succefsione; il che segue non solo nel dritto pubblico (successione nella sovranità, negli uffici) Ma nei rapporti di dritto privato la parola successione afsume un significato più speciale, in quanto denota il sottentrare di una data persona nei rapporti patrimoniali di un'altra; sicchè successione si ha in tutti i casi in cui avviene trasferimento di proprietà o di qualsiasi altro dritto, reale o di credito: si compia una donazione, una vendita, una permuta, una cessione d'usufrutto, una cessione di credito, ecc.....

Inoltre questo fenomeno ha luogo non solo per i dritti, ma anche per le obbligazioni, come v'è successione nei dritti, v'è anche successione negli obblighi, il che segue quando al soggetto passivo d'un rapporto giuridico sottendra un altro soggetto passivo (come nel caso di delegazione di debitore) Ma, nel linguaggio comune, la parola "successione„ è usata non già in questo significato così ampio, ma in un altro più ristretto. Ordinariamente per successione s'intende quella *mortis causa*, cioè il sottentrare di una persona vivente nei rapporti giuridici patrimoniali di una persona defunta. Di questa successione intendiamo occuparci, e di questa si occupa il codice nel titolo II.

§.3.– <u>Successione a titolo universale e a titolo particolare – Concetto di eredità e di legato.</u> — La successione "<u>causa mortis</u>" può essere a titolo universale, o a titolo particolare. — La possibilità di successione a titolo universale o di successione a titolo particolare si avvera soltanto nella successione <u>mortis causa</u>; per gli acquisti da persona vivente non è possibile che una sola specie di successione, quella a titolo particolare: nella vendita, nella permuta, nella donazione, in tutti quei negozi che hanno per iscopo il trasferimento di un dritto, la successione che si opera, è sempre a titolo particolare, ed è tale, si noti, anche quando oggetto del trasferimento sia tutto il patrimonio, od una quota parte di esso, come può avvenire nella donazione di tutti i beni di una persona o nella cessazione di eredità già accettata: in questi casi si ha sempre successione a titolo particolare.

Per successione poi a titolo universale s'intende il sottentrare di una persona nella totalità dei rapporti patrimoniali appartenuti al defunto: invece per successione a titolo particolare si intende il sottentrare di una persona in uno dei rapporti giuridici del defunto. Quando vi ha successione a titolo universale, allora si parla di eredità; quando vi ha successione a titolo particolare, allora si dice che v'è un legato; la

persona che succede a titolo universale si chia=
ma erede. quella che succede a titolo partico=
lare si chiama legatario. - Ma così non ab=
biamo ancora dato il concetto preciso della suc=
cessione a titolo universale od eredità. - Che co=
sa s'intende per eredità? Il concetto di eredità
non ci vien dato dalla pratica reale della vi=
ta, non è un concetto fondato su basi econo=
miche, ma è un concetto esclusivamente giuri=
dico, tramandatoci dal dritto romano. - L'eredi=
tà infatti non è la somma dei beni che si
trovano alla morte di una persona; l'insie=
me di questi beni si suole chiamare asse e=
reditario, beni ereditari, ma non è l'eredità. -

Il concetto di eredità è puramente astratto,
ideale, fittizio, che prescinde da un contenuto re=
ale; eredità è quella che i romani dicevano _uni=
versitas iuris_, cioè l'unità astratta di rappor=
ti giuridici patrimoniali appartenenti al defun=
to; _unità ideale_, non è già la _somma ma=
teriale_, il complesso dei beni; il che è importan=
te notare perchè, considerando l'eredità come una
_universitas juris_, come una unità ideale che
prescinde dal contenuto materiale, ogni persona
che muore lascia una eredità; invece considerando
l'eredità come la somma, il complesso dei beni di
una persona, praticamente non sempre avviene che
alla morte del defunto si trovi una eredità. _Da_

questo deriva ancora che nella eredità si comprendono non solo le attività ma anche le passività, e che si ha l'eredità, anche quando le passività patrimoniali superino l'attivo, o quando non vi sia attivo, addirittura, ma tutte passività. Hereditas nomen juris est.

Hereditas etiam damnosa intelligitur.

Questo concetto, come ognun vede, è artificioso, ma fu introdotto per ragioni d'ordine storico ed anche d'ordine pratico.

La ragione storica secondo i migliori scrittori moderni è la seguente. Nel diritto antico romano alla morte di una persona si trasferiva in una altra il diritto di sovranità sulla famiglia; onde l'eredità non era altro che tale sovranità, da cui da cui poi dipendevano gli altri dritti anche di ordine patrimoniale, e quindi esisteva sempre, anche se patrimonio non vi fosse. La ragione pratica è quella di fare passare all'erede i debiti del defunto: se l'eredità si fosse concepita come l'insieme dell'eredità, l'erede avrebbe avuto tutti i dritti senza incorrere nella responsabilità dei debiti o per lameno nella responsabilità illimitata; mentre quest'effetto si consegue concependo l'eredità come universitas juris. – Però il diritto Germanico concepì l'eredità non come un ente ideale, ma come un complesso di rapporti patrimoniali ed i debiti come un peso dei beni, cosicchè l'erede è

obbligato a pagare i debiti in quanto riceve dei beni; e ne' limiti dell'entità dei beni, senza bisogno di ricorrere all'espediente cui si ricorre nel nostro dritto, cioè all'accettazione col beneficio dell'inventario. Dunque, concludendo, erede è colui che succede in *universum juris defuncti*, cioè nell'unità astratta di tutti i rapporti patrimoniali del defunto.

Diamo ora il concetto della successione a titolo particolare. Questa, come quando dipende da atto tra vivi, così anche quando ha per causa giuridica la morte di una persona, non importa altro se non il sottentrare di una persona in qualcuno dei rapporti patrimoniali del defunto. Anche se si sottentra in più rapporti od in una somma di rapporti, se questa non costituisce *universitas juris*, si ha sempre successione a titolo particolare. Però della successione a titolo particolare molti scrittori hanno un concetto inesatto, perchè credono che essa *si* verifichi solo nel caso di successione testamentaria, nella forma di legato; onde il legato per testamento sarebbe l'unico modo di successione a titolo particolare, *causa mortis*; ma noi vedremo che anche la successione legittima, può essere a titolo particolare; tale è il caso del coniuge superstite quando ha dritto a una quota in usufrutto. L'usufruttuario infatti non

può considerarsi come erede, appunto perchè non sottentra che in un determinato rapporto patrimoniale, cioè nel rapporto di godimento della cosa non già in tutti gli altri rapporti, onde ancorchè l'usufrutto cada su di una quota del patrimonio o su tutto il patrimonio, non si ha successione a titolo universale.

A questo proposito bisogna notare che il Codice nostro differisce dal Codice francese, per il quale si distinguono i successori <u>causa mortis</u> in tre categorie: eredi, successori a titolo universale, e successori a titolo particolare.—

Eredi sono soltanto quelli chiamati a succedere dalla legge, i successori a titolo universale per legge; quelli invece che succedono per testamento ancorchè siano chiamati in tutto il patrimonio od in una quota parte di esso, non hanno il nome di eredi ma di successori a titolo universale.

Però questa differenza è più nominale che reale, il Codice francese fa questa distinzione in omaggio all'antica massima di diritto consuetudinario per cui: <u>solus deus heredes facere potest non homo</u>: perchè nei tempi pré antichi unica successione era la legittima, e solo in seguito fu introdotta la successione testamentaria.

Questa differenza però anche nel Codice fran

cese ha un effetto pratico: solo l'erede propriamente detto è quegli che ha il possesso dei beni ereditari senza il bisogno di materiale apprensione; (la saisine héréditaire), che invece non ha il successore a titolo universale (ossia l'erede testamentario).

Il nostro Codice invece non ha accolto, seguendo in ciò il Dir. rom., la distinzione tra coloro che succedono per testamento e coloro che succedono per legge, la qualità di erede dipende dal fatto dell'aver diritto a tutto il patrimonio o a una quota parte di esso; mentre la qualità di successore a titolo particolare vien data dal fatto di sottentrare in uno o più diritti singoli, formanti parte del patrimonio del defunto.

---

## §. 4.– Presupposti della successione.

Visto così come la successione *causa mortis* possa essere tanto a titolo particolare che a titolo universale, veniamo ora a parlare dei suoi presupposti. La successione *causa mortis* s'avvera quando vi siano questi tre presupposti o condizioni: 1°. morte di una persona; 2°. sopravvivenza di un'altra capace di succedere; 3°. vocazione ereditaria. —

— 1°. La morte di una persona è il requisito caratteristico della successione che appunto perciò

dicesi *causa mortis*. Alla morte si deve equiparare anche il caso di assenza dichiarata; poichè, sebbene su ciò siavi controversia, noi crediamo che siccome la legge attribuisce alla persona che si immette nel possesso dei beni dell'assente gli stessi diritti e gli stessi obblighi dell'erede, si possa ritenere che vi sia apertura di successione; v'ha questa differenza però che, mentre quando la persona è morta, l'apertura della successione avviene in maniera definitiva, quando invece si tratta di assenza dichiarata, essendovi probabilità che l'assente non sia morto, la successione si può considerare sottoposta a condizione risolutiva; essa può svanire, nel caso che l'assente ricomparisca.

2° Sopravvivenza di un'altra persona chiamata a succedere.

In questo punto, di cui facemmo nell'altro Corso ampia trattazione, ricorderò solo le idee principali e in maniera succinta. È necessario che nello stesso momento in cui una persona è morta esista un'altra che deve succedere; non ci deve essere discontinuità tra l'esistenza della persona che muore e quella della persona che deve succedere: nello stesso momento che una persona muore un'altra deve già avere l'esistenza.

Quindi occorre che al tempo della morte di una persona, il successore sia almeno concepito,

sebbene non ancora nato: *conceptus pro nato habitur, quoties de ipsius commodis agatur.* —

Sono perciò incapace a succedere quelli che al tempo della morte di chi lascia l'eredità (il quale si suole chiamare con formula barbara, il *decuius*, cioè *is de cuius hereditate agiture*) mancano di personalità o perchè non ancora concepiti o perchè, pur essendo concepiti, sono poi nati morti oppure nati vivi ma non vitali. (art° 724). —

In questi casi manca il secondo presupposto della successione. — Ma si può anche dare un altro caso quello cioè in cui pur esistendo una persona che abbia capacità naturale di succedere, è dalla legge per particolari circostanze esclusa dalla successione; questo è il caso dell'indegnità. —

La legge distingue quindi due specie di persone incapaci a succedere; incapaci per inesistenza di personalità, ed incapaci per indegnità. — L'indegnità non è altro che una pena dalla legge comminata a quelle persone che si resero colpevoli di fatti criminosi contro il defunto, a cui sarebbero chiamate a succedere.

Questi fatti si possono riassumere in due categorie: fatti che costituiscono attentati alla persona del defunto, e fatti che costituiscono un at=

tentato alla libertà di far testamento. Nella prima categoria entra l'omicidio volontario o tentativo di omicidio, l'accusa fatta al defunto di un reato punibile con pena criminale quando però questa accusa fu in giudizio dichiarata calunniosa.

L'altra categoria comprende gli attentati contro la libertà di testare; cioè la violenza adoperata per costringere a far testamento o a cangiarlo; l'impedimento (con violenza o con dolo) a far testamento o a revocare il già fatto, come anche la soppressione, il celamento, l'alterazione di un testamento (Art.° 725 cod. civ.). —

Che differenza passa tra incapace ed indegno? Chi è incapace non può ritenersi aver mai acquistato i dritti successarii, perchè mancante di personalità fisica che è la base di qualsiasi dritto; invece l'indegno è uno che: "potest capere sed non potest retinere„ è uno cioè che avendo personalità fisica è astrattamente capace di succedere, pur tuttavia perchè ha commesso uno di quei fatti previsti dalla legge come causa d'indegnità è escluso dalla successione. La quale differenza ha conseguenze pratiche, di cui ricorderò una soltanto. Supponiamo che un incapace per mancanza di fisica personalità al tempo della morte del de cuius, si immetta poi nel possesso dei beni ereditarii; egli come incapace, non potest nec

capere, nec retinere; onde segue che se anche siano passati 30 anni, dal giorno dell'apertura dell'eredità o dell'accettazione di esso, non avendo acquistato mai la qualità di erede, potrà essere sempre convenuto con l'azione di petizione di eredità da' veri eredi.

Soltanto se egli ha posseduto materialmente i beni ereditari per 30 anni, potrà vantare l'usucapione dei singoli beni posseduti. Invece se si tratta di indegno, siccome egli potest capere sed non potest retinere, ove gli interessati non esercitino l'azione per la dichiarazione di indegnità nel termine dei 30 anni dal giorno dell'apertura della successione, questa rimane estinta; e l'indegno ancorchè non abbia posseduto le singole cose ereditarie, potrà far valere la sua qualità d'erede.

Ecco la differenza che passa tra incapace per inesistenza di personalità fisica ed incapace per indegnità.

Altro caso in cui manca il secondo presupposto della successione, è quello della premorienza del successibile. Alla premorienza è da equiparare la commorienza che si ha quando due persone di cui l'una è chiamata alla successione dell'altra siano morte nello stesso infortunio, o in generale nello stesso tempo; perchè anche allora manca il requisito della sopravvivenza del successibile al defunto.

Perciò chi pretende esercitare per trasmis-

sioni diritti successori spettanti a una persona defunta deve provare che questa morì dopo l'*auctor successionis*. Tale prova può farsi in tutti i modi, anche se le due persone siano morte nello stesso infortunio, giacchè per tale ipotesi la legge nostra non ammette, come il Dir. romano e il Cod. francese, presunzione alcuna di premorienza e di sopravvivenza; ma solo dice che in mancanza di prova le due persone di cui l'una dovrebbe essere chiamata a succedere all'altra, si presumono morte tutte a un tempo. Il che non costituisce una vera e propria presunzione, cioè una disposizione eccezionale di legge; ma una regola derivante da' principii generali di diritto probatorio per cui quando non si provano gli estremi della della pretesa, si ha la stessa conseguenza che se tali estremi in realtà mancassero. Al contrario una vera presunzione di legge in *caso di commorienza* l'ammise il ministro Orlando, in occasione del disastro di Messina, col suo decreto legge 17 gennaio 1909 da cui deriva che ancorchè materialmente si potesse provare che di due persone trovate morte sotto le macerie l'una è per qualche tempo sopravvissuta all'altra, perchè, poniamo i vicini l'abbiamo sentito chiamare in aiuto o vi sia stato qualche altro segno, questa prova non si potrà fare.

Cosicchè si presume che tutti coloro che sono morti sotto le macerie, prima che venissero e=stratti, siano morti contemporaneamente, cioè la mattina del 28 Dicembre 1908, senza possibili=tà di prove in contrario.

3°.- Vocazione ereditaria. - Non basta che una persona sia nata e nata viva e vitale, che sopravviva al defunto, ma è necessario che vi sia un rapporto che la ricolleghi al defunto e gli dia il diritto di succedergli. Questo si chia=ma vocazione ereditaria, la quale non è altro se non il titolo per cui una persona vivente ha diritto alla successione di un defunto.-

Secondo il dritto nostro due sono le specie di vocazione ereditaria: la legale e la testamenta=ria, giacchè non si può essere erede se non in virtù di legge o di testamento.-

Si può succedere o per dichiarazione di ul=tima volontà (successione testamentaria) o senza tale volontà (successione legittima).

È da notare però come altre legislazioni rico=noscono la così detta successione pattizia o patto successorio, che consiste in una convenzione che ha per oggetto una futura successione. Dal dritto nostro invece tutti i patti successo=ri sono stati vietati.

Quindi, sebbene la volontà dell'uomo sia un titolo di successione, essa non può mani=

festarsi che in un solo modo, cioè col testamento.

---

## §.5.– Le varie specie di successione.–

Noi abbiamo detto che la successione avuto riguardo alla vocazione si divide in legittima e testamentaria e questa distinzione fa il nostro Codice, ma pur essendo due i titoli della successione, cioè la legge ed il testamento, le specie di successioni non sono due, ma tre:

1°) successione legittima o meglio successione _ab intestato_ che ha luogo _ope legis_ quando cioè manca la volontà dell'uomo;

2°) successione testamentaria che ha luogo quando la volontà del defunto è espressa per testamento;

3°) successione per legge contro la volontà del defunto, e questa è la successione necessaria.– Quando ha luogo la successione necessaria?

Ha luogo quando il testatore ha disposto dei suoi beni per donazione o testamento in modo non consono alla legge; cioè quando ha disposto in maniera da ledere i dritti di certe persone che si dicono riservatari, perchè la legge ha riservato una data porzione del patrimonio ereditario.

Un padre di famiglia per es. ha lasciato tutto il patrimonio ad un amico e niente ai

figli, in questo caso, nonostante che la volontà del defunto sia stata contraria alla successione dei figli legittimi, pure per legge la metà del patrimonio spetterà sempre ai figli. Ma tanto la successione legittima quanto la necessaria hanno un unico fondamento; la legge. — La differenza è questa che la successione legittima presuppone la mancanza di volontà del defunto, la successione necessaria ha luogo nonostante questa volontà espressa, diversa o contraria.

---

## §. 6. Rapporto tra la successione legittima e la testamentaria. —

Veniamo ora a parlare dei rapporti che passano tra la successione legittima e la testamentaria. — Qual'è la regola, quale l'eccezione? — È regola la successione legittima ed eccezione la testamentaria, o viceversa? A dir vero questa quistione sebbene fatta da tutti gli autori, può avere una importanza teorica, ma non presenta nessun interesse pratico.

Purnondimeno facciamo un breve cenno.

Alcuni dicono che la successione legittima è la regola e la testamentaria l'eccezione; altri il contrario. — Noi crediamo che, tenuto conto della storia e dei principii razionali, la successione legittima è quella che costituisce la regola e la testamentaria

quella che costituisce l'eccezione. Storicamente è noto che tutti i popoli primitivi non hanno conosciuto che una sola successione, quella legittima; ciò è indubitato per gli Ebrei, per i Greci e per i Germani in modo chiaro. Ed anche per i Romani si crede che prima delle leggi delle XII tavole unica specie di successione fosse la legittima, onde la prima forma di testamento fu quella comitiis calatis, cioè il testamento che doveva rivestire la stessa forma della legge, perchè potesse aver forza derogatoria alla legge di successione.

Così anche nel dritto consuetudinario francese più antico non c'era che la successione legittima e poi col progredire della civiltà, si ammise anche la successione testamentaria, come eccezione.

Logicamente poi, che la successione legittima sia la regola e la testamentaria l'eccezione, apparisce chiaro, se si consideri che il padre di famiglia lavora, risparmia e acquista de' beni non per sè soltanto, ma anche e principalmente per la famiglia; e che inoltre nella formazione del patrimonio concorrono direttamente o indirettamente tutti i membri della famiglia. Perciò, tenuto conto di queste considerazioni, è evidente che la successione legittima è quella che forma la regola, perchè conforme a ciò che dovrebbe essere, cosicchè la successione testamentaria non è che l'eccezione. E questo concetto fu anche proclamato dal Pisanelli nella sua relazione al progetto nel Co-

dice Civile. — Secondo il Pisanelli la volontà del privato deve essere subordinata alla legge, e solo ove la volontà privata abbia fatto eccezione alla volontà della legge, e nei limiti concessi della legge medesima, può produrre efficacia giuridica.

Infine è da considerare che se la successione legittima fosse l'eccezione, non si capirebbe perchè mai quando il testatore ha disposto di tutti i suoi beni in modo espresso, ma contrariamente alla legge, questa abbia la prevalenza, dando luogo alla successione necessaria. Dunque il vero è che la successione legittima è la regola e la testamentaria è l'eccezione, ed appunto perchè la successione testamentaria è l'eccezione, questa deve stare nei confini segnati dal legislatore

Non è riconosciuta nel nostro dritto, come nelle leggi delle XII tavole, la volontà illimitata, l'arbitrio del pater familias; costui può disporre delle sue sostanze ma dentro certi limiti.

Nè al concetto che la successione legittima sia la regola e la testamentaria l'eccezione, si oppone la formola dell'art.º 720 che dice: « Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto od in parte la testamentaria. » come alcuni han creduto. Se la legge, questi osservano, dichiara che si fa luogo alla successione legittima, quando manchi in tutto od in parte la testamentaria, vuol dire che la successione testamentaria è la regola e la legittima l'eccezione. — Ma noi cre=

diamo che la formola della legge si presti anche ad appoggiare la nostra opinione.

Che cosa volle intendere il legislatore quando disse che c'è successione legittima quando manchi la testamentaria? Questo: che come ogni regola è applicabile, quando non vi sia l'eccezione, come ogni norma di legge suppletiva vale, quando la volontà del privato non l'abbia espressamente derogata, così la successione legittima ha luogo, quando manchi la testamentaria. Però questa questione non ha importanza pratica, ed a torto alcuni scrittori hanno voluto attribuirgliela, facendo derivare dalla sua risoluzione in un senso o nell'altro alcune conseguenze pratiche che sono del tutto erronee, e di cui facciamo un cenno.

Si presenta il caso in cui alcuno abbia detto: "Voglio che dei miei beni si faccia la ripartizione come per legge."

In questo caso coloro che sostengano che deve prevalere la successione legittima alla testamentaria hanno detto: se troviamo un testamento così fatto, bisogna applicare le regole della successione legittima. Gli altri i quali affermano che la successione testamentaria è la regola e la legittima l'eccezione, credono che il testatore abbia effettivamente disposto dei suoi beni e che la successione sia testata.

Questa questione ha importanza pratica quando tra i successori vi sono dei riservatari, e questi, se

la successione si considera testamentaria, avranno per legge una porzione minore di quella che per la stessa legge spetterebbe loro, ove si trattasse di successione legittima.

Così nella successione testamentaria i figli hanno dritto alla metà del patrimonio, invece nella successione ab intestato hanno dritto a tutto l'asse ereditario. — Il coniuge superstite nella successione testamentaria ha dritto all'usufrutto del terzo o l'usufrutto di una porzione uguale alla quota che spetterebbe a ciascun figlio in legittima; nella successione legittima, ha dritto all'usufrutto di una quota uguale a quella spettante a ciascun figlio, o alla terza parte in proprietà se vi sono ascendenti ecc....

Dunque è importante in certi casi vedere in rapporto a queste persone se esse succedono secondo le regole della successione testamentaria o della legittima. —

Ma noi pensiamo che questa quistione si deve risolvere prescindendo da qualsiasi opinione che si abbia intorno alla prevalenza della successione testamentaria alla legittima e viceversa.

Qui bisogna applicare le regole generali sull'interpretazione della volontà: quando un testatore fa un testamento in cui dice: "Voglio che di tutti i miei beni si disponga come per legge;" egli non ha manifestato la sua particolare volontà, in ordine alla disposizione de' suoi beni, ma si è rimes-

so alla volontà della legge. —

Quindi evidentemente si avrà la successione legittima. Invece se il testatore non abbia usato quella formola ma abbia detto: «Voglio che di tutti i miei beni si disponga come per legge, però a mia moglie voglio che dopo la mia morte si dia la metà in usufrutto:» in questo caso si deve intendere che si abbia successione testamentaria o successione ab-intestato? In questo caso abbiamo successione testamentaria, ma in parte soltanto, perchè il testatore da un canto ha manifestato la sua volontà speciale, dall'altro si è rimesso alla legge, giacchè al coniuge superstite non lascia quanto per legge spetterebbe ma una porzione di suo arbitrio: quindi se il coniuge non può pretendere di essere trattato come nella successione intestata, gli altri successibili invece, anche se riservatari, avranno questo dritto. Altra quistione si fa nel caso in cui il testamento manca di una formalità sul cui valore vi sia dubbio.

Gli autori che partono dal concetto che il testamento sia l'eccezione dicono che la mancanza di questa formalità produce la nullità del testamento; invece quelli che partono dal concetto che il testamento è la regola dicono che nel dubbio intorno al valore della formalità trascurata, bisogna ritenere che questa non sia necessaria. — Ma anche qui si sbaglia intorno al criterio da seguire

per risolvere la controversia; qui si tratta di interpetrare la legge che ingiunge l'adempimento di certe forme, e nient'altro: nel dubbio bisogna ritenere che la formalità non sia necessaria, ma ciò pu principio generale che bisogna interpetrare la legge nel senso sempre più favorevole alla validità degli atti, non per la ragione che la successione testamentaria segui la regola rispetto alla legittima.

---

## § 7. Apertura, devoluzione ed acquisto dell'eredità.

Quando concorrono i presupposti della successione, di cui si è parlato, hanno luogo l'apertura, la devoluzione della successione e l'acquisto dell'eredità.

Che s'intende per apertura della successione, che per devoluzione?

Sono concetti differenti o sono identici?

Apertura dell'eredità non vuol dire altro se non che è morta una persona che ha lasciato un'eredità; devoluzione non vuol dire altro se non che l'eredità lasciata da una persona morta è attribuita dal testamento e dalla legge a una persona sopravvivente; quindi piuttosto che due concetti distinti sono due lati dello stesso concetto. Come non si può concepire successione se non vi sia

no i due estremi, morte di una persona e soprav-
vivenza d'un'altra chiamata a succedere, così,
quando si mette in rilievo l'elemento della morte
d'una persona, si parla d'apertura; quando si
accentua l'altro elemento della sopravvivenza
d'una persona chiamata a succedere, allora si
parla di devoluzione. Tanto vale il dire che l'e-
redità è aperta, quanto vale il dire che è devoluta;
soltanto quanto si dice che un'eredità è aperta, noi
pensiamo che è morta una persona che ha lasciato
un'eredità, senza preoccuparci del soggetto della suc-
cessione, quando diciamo che un'eredità è devoluta,
ci rivolgiamo con la nostra mente piuttosto a colui
che è chiamato alla successione. Di qui deriva
che tanto l'apertura quanto la devoluzione dell'e-
redità avvengono nello stesso momento, giuridi-
camente. Dico giuridicamente, perchè in fatto può
avvenire che avvengono in istanti differenti, seb-
bene di regola anche in fatto la devoluzione
dell'eredità coincida con l'apertura, perchè sicco-
me al tempo stesso in cui una persona muo-
re, deve esistere un'altra chiamata a succedere, in
quello stesso momento avviene e l'apertura e la de-
voluzione dell'eredità. Però può accadere per eccezio-
ne che la devoluzione dell'eredità (o l'attribuzione
dell'eredità), si verifichi in un momento diver-
so da quello dell'apertura della successione.

Quali sono questi casi? _

Facciamo l'ipotesi di successione testamentaria. Un tale istituisce erede sotto condizione sospensiva Tizio.

Il testatore muore, l'eredità s'apre al momento della sua morte, ma non si può dire che la devoluzione avvenga anche in quello stesso momento; perchè l'erede è chiamato sotto condizione sospensiva e quindi acquisterà il diritto ad avere l'eredità quando la condizione si sarà avverata, cioè in un momento posteriore all'apertura della successione.

Un altro esempio: È istituito erede chi si trova appena concepito al tempo della morte del testatore.

In questo momento l'eredità s'apre, ma quando è che si devolve? Quando colui che è chiamato a succedere nasca vivo e vitale, e perciò in un tempo posteriore. Ancora se in caso tanto di successione legittima che di testamentaria, l'erede chiamato a succedere rinunzia all'eredità, due, tre ed anche più anni dopo l'apertura della eredità; e quindi in suo luogo succedono altri eredi, è evidente che per costoro la devoluzione segue in un momento posteriore a quello dell'apertura. Ecco come si possono dare dei casi in cui la devoluzione avviene dopo l'apertura dell'eredità. Però questo avviene solo materialmente, poichè giuridicamente anche in tali

casi la devoluzione si considera come avvenuta nel tempo stesso dell'apertura.

Per persuaderci di tale verità, esaminiamo i casi pratici già esposti.

Tizio è istituito erede sotto condizione sospensiva, condizione che si avvera molto tempo dopo la morte del testatore; ma quando la condizione s'avvera, Tizio chiamato a succedere sotto condizione sospensiva si reputa per effetto della retroattività della condizione che abbia acquistato il dritto nello stesso tempo della morte del testatore, quindi sebbene il fatto della devoluzione sia posteriore al tempo dell'apertura purnondimeno giuridicamente per effetto della retroattività, si reputa avvenuto al tempo stesso. Così anche nel caso dell'erede appena concepito al momento della morte del testatore, la devoluzione difatti avviene quando il concepito nasce vivo e vitale; ma anche in questo caso poichè il concepito è come se fosse stato istituito sotto condizione, di nascere vivo e vitale, consegue lo stesso effetto della retroattività: cioè la persona si considera come esistente fin dal tempo dell'apertura della successione.

Ancora nel caso che il chiamato a succedere dalla legge o dal testamento rinunzia all'eredità dopo un certo tempo dalla morte del *de cuius*, poichè la legge dice che il rinunziante si ha come non mai chiamato, ne consegue che tutto lo

stato di fatto intermedio tra apertura e rinunzia si considera come se non fosse mai esistito; e quindi segue che, sebbene la devoluzione avvenga posteriormente al tempo dell'apertura dell'eredità, purnondimeno giuridicamente i due momenti coincidono e questo è importante per una conseguenza pratica, cioè che sebbene la devoluzione materialmente si avveri in un tempo posteriore, purnondimeno poichè giuridicamente il tempo della devoluzione deve coincidere col tempo dell'apertura, è necessario che in qualunque tempo avvenga la devoluzione, questa non può verificarsi se non in favore della persona la quale era capace di succedere al tempo in cui si è aperta la successione. Cosicchè se al tempo in cui la devoluzione materialmente si avera, s'incontra una persona che in questo tempo è capace, ma che non era tale al tempo in cui avvenne l'apertura della successione, essa non può succedere. Ma l'eredità aperta od eredità devoluta, non significa anche eredità acquistata.

I giureconsulti romani dicevano: _delata haeresitas intelligitur quam quis possit adeundo consequi_, cioè l'eredità devoluta è quella che si può acquistare mediante l'accettazione.

Cosicchè non basta dire che l'eredità sia aper-

ta e devoluta per potersi dire che è acquistata; il concetto di acquisto è differente. Però questa differenza è vera solo astrattamente, concettualmente, essa nel diritto francese e nel nostro è attenuata in guisa tale da scomparire. Mentre nel diritto romano c'era un distacco completo tra devoluzione e acquisto dell'eredità, nel diritto nostro questo distacco e si può dire che non esiste addirittura. -

Per dir. romano quando avveniva la devoluzione in favore di una persona, questa non acquistava l'eredità, ma aveva solo la semplice <u>facultas adquirendi</u>, il diritto cioè di di manifestare la sua volontà intorno all'accettazione o alla rinunzia, diritto questo eminentemente personale, non già patrimoniale; dimodochè ne veniva la conseguenza pratica che, se la persona cui l'eredità era semplicemente devoluta fosse morta prima dell'accettazione, non trasmetteva niente ai suoi eredi, i quali perciò non avevano il diritto d'accettare in luogo del loro autore. E ciò perche essendo il diritto d'accettare eminentemente personale, si estinguea colla morte della persona stessa.

In oltre se il chiamato all'eredità non avesse esercitato la facoltà di accettare l'eredità, e vi avesse rinunziato per danneggiare i pro=

pri creditori; costoro non potevano impugnare quest'atto con la pauliana perchè era una semplice __omissio adquirendi__, non già una diminuzione effettiva del patrimonio; e l'__omissione adquirendi__ per dir. rom. come pel nostro non è impugnabile dai creditori. E ciò, perchè per diritto romano l'accettazione era il modo d'acquisto dell'eredità; e la semplice devoluzione non faceva nascere un diritto patrimoniale, ma, come abbiamo detto, solo la facoltà personale di acquistare quel diritto. Invece nel diritto consuetudinario francese prevalse il principio che l'eredità si acquista *ipso iure* al tempo stesso dell'apertura senza bisogno di fare nessun atto speciale d'accettazione, onde seguì che apertura, devoluzione, acquisto dell'eredità venissero a coincidere.

È vero che il diritto consuetudinario francese richiese anche l'accettazione, ma questa fu concepita come semplice conferma dell'acquisto già prima avvenuta, sicchè anche prima dell'accettazione il diritto all'eredità fu considerato facente parte del patrimonio dell'erede, e, come ogni altro diritto patrimoniale, trasmissibile agli eredi di costui; e d'altra parte, coerentemente la rinunzia all'eredità fu ritenuta soggetta a revoca, ove fosse seguita in frode de' creditori; tutte conseguenze, come si vede,

contrarie a quelle ammesse dal diritto romano che si fondava su un principio opposto.

Che cosa dobbiamo dire per il diritto italiano? Regna grave questione intorno al momento dell'acquisto, e vi sono varie opinioni. Alcuni dicono che in diritto nostro l'eredità si acquista con l'accettazione, come nel diritto romano; altri dicono che l'eredità si acquista al momento dell'apertura dell'eredità *ipso iure*; altri seguono un opinione intermedia, cioè che al tempo dell'apertura all'erede passa il semplice possesso dei beni ereditari, ma non la proprietà ossia il diritto stesso; per acquistare il quale sarebbe necessaria l'accettazione.

Altri, infine, e questa è la nostra opinione, credono che l'eredità si acquisti *ipso iure* non solo per ciò che riguarda il possesso dei beni, ma anche per ciò che riguarda la proprietà, il diritto; ma che l'acquisto avvenga in modo condizionato, cioè sotto la condizione sospensiva dell'accettazione, dimodochè prima dell'accettazione non si può dire nè che l'acquisto non sia seguito, nè che sia avvenuto in modo definitivo; ma deve dirsi che si abbia uno *stato di pendenza*, cioè che l'acquisto abbisogni per diventare definitivo del verificarsi della condizione legale dell'accettazione; dimodochè anche prima che la condizione si avveri, c'è un diritto patrimoniale

e non una semplice *facultas ad quirendi*.

Così accettando questa opinione che a me sembra la più profonda nella legge nostra; segue che il distacco del momento dell'apertura dal momento dell'acquisto è poco sensibile, inquantochè anche prima dell'accettazione c'è acquisto d'eredità; nel momento stesso in cui l'eredità si apre, si devolve non solo ma anche si acquista *ipso iure*, per forza di legge; soltando con questa modificazione che cioè l'erede deve accettare per rendere l'acquisto definitivo. — Però secondo la maggioranza degli autori francesi anche prima dell'accettazione l'acquisto è definitivo, cosichè i tre momenti apertura, devoluzione, acquisto dell'eredità coinciderebbero perfettamente.

---

## CAP. II

# Della successione legittima

## A) Principii generali

### §. 8. Fondamento della successione legittima

Molto combattuto è l'istituto della successione, specialmente da chi combatte l'istituto della proprietà e l'istituto della famiglia; i socialisti, gli anarchici, che non vogliono la proprietà individuale, e che non ammettono la famiglia così come oggi è costituita, non possono ammettere il diritto di successione, perchè il diritto di successione non è che una conseguenza del diritto di famiglia e del diritto di proprietà.

Ora noi non vogliamo perdere del tempo a combattere le teorie socialistiche e giustificare l'istituto della proprietà e quello della famiglia che sono istituti antichi, non solo, ma connaturali alla civiltà de' popoli; onde anche a volerli considerare come meri fatti storici, il diritto di successione resta giustificato come una loro inevitabile conseguenza. Ma ci preme rilevare come anche tra

i giuristi che ammettono come fondamento generico della successione il diritto di famiglia e di proprietà individuale, si discute quale sia il fondamento specifico della successione legittima.

La comune opinione è che la successione legittima si fonda sulla presunta volontà del defunto; cioè sulla gradazione dell'affetto che legava il defunto all'erede per cui deve pensarsi che se egli avesse manifestato la sua volontà, avrebbe beneficato chi egli maggiormente doveva amare, quindi se la legge dispone che se una persona muore *ab intestato*, siano chiamati a succedergli i figli; in mancanza di questi gli ascendenti, è perchè è del tutto conforme a natura il pensare che si amino più i figli dei genitori: *amor prius descendit, postea ascendit*.

E questa è l'opinione più comune; ma secondo noi non è accettabile, perchè ha una base falsa, quella di far dipendere ogni specie di successione dalla volontà dell'uomo, espressa o presunta, mentre, come abbiamo visto, tanto storicamente che logicamente, non è la successione testamentaria, o per volontà dell'uomo, la successione tipica, tale bensì è la successione legittima. Se anche in tempi in cui la successione testamentaria non era conosciuta, c'era la successione legittima, e quando la successione testamentaria fu introdotta essa fu considerata come una deroga alla legittima; è evidente non potersi dire

che la successione legittima sia basata sulla volontà del defunto, sia pure presunta, se essa esisteva anche quando la stessa volontà espressa del defunto non aveva efficacia giuridica. E che altra sia la base della successione legittima si deduce anche da un'altra specie di successione, la quale, evidentemente non si basa sulla volontà del defunto, ma sulla volontà della legge in contraddizione alla volontà del defunto. Se nella successione necessaria la legge dispone in favore di certe persone, nonostante che il defunto abbia voluto escluderle dall'eredità; non si può dire che la legge quando non v'è testamento disponga in base alla presunta volontà del defunto, perchè tale presunzione di volontà dovrebbe essere in presenza della contraria volontà espressa. Che poi non si tenga conto della gradazione degli affetti che si presume abbia dovuto sentire il defunto, si dimostra esaminando l'ordine dei successori chiamati dalla legge. Come vedremo a suo tempo, il nostro codice tratta meglio i collaterali che non il coniuge superstite; ora se si fosse basato sul presunto affetto del defunto, avrebbe dovuto trattare meglio il coniuge superstite che i collaterali perchè ogni uomo d'affetti ordinati ama più il coniuge che i congiunti in linea collaterale. —

Perciò l'opinione che merita maggiore acco=

glienza è quella per la quale il diritto di successione legittima si fonda sul diritto di famiglia. E questo è vero anche se si considera la storia della successione.

Infatti, quando la successione testamentaria era conosciuta, la successione legittima non era che una necessaria conseguenza della comproprietà familiare. Con la morte di uno dei membri della famiglia, i superstiti non acquistavano un nuovo diritto, ma avveniva piuttosto in loro favore un espansione del diritto precedente. Cessata la comproprietà domestica, e subentrata il sistema della proprietà esclusiva del capo di famiglia, come seguì nel dir. rom., successori legittimi rimasero quegli stessi che in altri tempi avrebbero avuto parte alla comproprietà domestica: e così fu che vennero chiamati all'eredità prima i _sui_, poi gli _agnati_ e in ultimo i _cognati_. Perciò rispetto a' _sui_ i giureconsulti romani potettero dire: « _vivo quoque parente quodammodo domini existimantur_ », e ancora « _post mortem patris non hereditatem percipere videntur sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur_ » (Gai Istit. IX, §. 157; e l. 11. D. XXVIII. 2).

Ora se questo è stato originariamente il fondamento della successione legittima, perchè non dovrà dirsi che sia tale anche oggi? Ma, si dice,

oggi non v'è comproprietà familiare.

Ciò è vero, ma solo, se s'intende parlare di comproprietà in senso tecnico, perchè i figli non hanno durante la vita del padre, ma quota di proprietà; ma non è vero, qualora s'intenda parlare di comproprietà in senso morale, come noi l'intendiamo. –

Infatti, in questo senso, anche ora si può dire che i membri della famiglia hanno un dritto di comproprietà; in quanto i risparmi che si fanno in comune in una famiglia sono il frutto dei sacrifizii di tutti i singoli membri, e in quanto il padre acquista nell'interesse dei figli, principalmente, più che per se stesso.

V'è però chi osserva che questo concetto sarebbe utile e sufficiente a giustificare la successione legittima dei figli, del coniuge, e degli ascendenti prossimi, ma non riesce a giustificare la successione dei collaterali fino al decimo grado.

Noi troviamo giusta questa osservazione, ma essa vale non già ad escludere il fondamento razionale che noi diamo alla successione legittima, ma piuttosto per invocare una riforma alla nostra legge la quale ha esteso troppo il numero degli eredi legittimi, oltre i limiti naturali.

Si capisce bene che in ogni istituto giuridico all'elemento razionale che ci deve essere sempre, si innesta un elemento arbitrario; quindi qualunque principio razionale si ponga a base d'un istituto, non si può trovarlo applicato in tutto e per tutto, ma sempre vi si troverà

aggiunto qualche cosa d'arbitrario, e che è soggetto all'evoluzione storica. — Perciò noi riteniamo che il fondamento della successione legittima sia il diritto di comproprietà che esiste tra i vari membri della famiglia; comproprietà però in senso morale, che consiste, come dice il Rosmini, in un diritto potenziale e latente durante la vita del proprietario attuale, e che diventa effettivo e manifesto al tempo della morte di costui. —

---

## §.9 Presupposti della successione legittima.

I presupposti della successione legittima sono due; uno che riguarda il defunto, l'altro che riguarda il successore, quello che riguarda il defunto è la mancanza di testamento, quello che riguarda il sucessibile è che egli si trovi in certi rapporti col defunto.

Il primo requisito, mancanza totale o parziale del testamento è richiesto dall'art. 720 Cod. Civile « Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manchi in tutto o in parte la testamentaria »: quindi perchè si abbia successione legittima, occorre che non vi sia testamento, perchè se il testamento è un'eccezione alla regola,

quando l'eccezione è valere, la regola cessa, e la regola si applica proprio quando l'eccezione manca.

A questo proposito, devo ricordare che il nostro codice si distacca dall'antico principio romano, conservato per forza d'inerzia nel diritto comune, cioè <u>nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest</u>, per cui si faceva luogo alla successione legittima solo quando mancava interamente il testamento; ma se il testamento non mancava che in parte, cioè se c'era un <u>heres</u> istituito per una sola parte e non già in tutto l'asse ereditario, la successione era sempre testamentaria, e non si ammetteva la sua coesistenza colla legittima.

Gran da fare ha avuto e ha la dottrina romanistica per trovare la ragione giustificatrice di questo principio che razionalmente è inesplicabile.

L'opinione oggi prevalente è che siccome l'eredità consisteva pei Romani più che nella trasmissione del patrimonio, in quella della <u>sovranità</u> familiare, il diritto di sovranità essendo inscindibile non si poteva trasmettere nel tempo stesso in due modi, o si trasmetteva per testamento o per legge; giacchè non era possibile che questo diritto in parte appartenesse all'erede istituito nel testamento, in parte all'erede chiamato

dalla legge. Ma se questa spiegazione è la più plausibile storicamente parlando, non ha un valore razionale. Però gli stessi Romani apportarono una deroga a questo principio in favore dei militari; poichè, com'è risaputo, il diritto militare romano presenta varie eccezioni al diritto civile.

Una di queste era che il militare poteva decidere in parte con testamento in parte ab intestato, perchè si riteneva che il militare potesse avere, e quindi trasmettere, un patrimonio come militare, e un altro patrimonio come cittadino.

Nel medio evo si continuò a seguire la massima romana, ma soltanto teoricamente, poichè in pratica le si fecero moltissimi strappi.

Infatti, come il diritto romano faceva eccezione per i militari, così si ritenne doversi fare eccezione per i signori feudali, distinguendo il patrimonio feudale dal patrimonio burgensatico; e, per gli ecclesiastici, rispetto a cui è possibile distinguere un patrimonio privato e uno derivante dal beneficio ecclesiastico.

E ciò si fece, perchè altre erano le regole riguardanti la successione nel patrimonio privato, altre quelle riguardanti il feudo e i beni acquistati coi proventi del beneficio.

Quindi, sebbene la massima romana fosse in principio mantenuta, vi si apportarono in pratica

tante modificazioni che non si sente il bisogno di disconoscerla. Ma avendo essa perduto ogni importanza, e ogni significato pratico, il nostro codice l'ha abolita, disponendo espressamente che si può avere successione legittima non solo quando la testamentaria manchi in tutto, ma anche quando manca in parte (art. 720). Bisogna ora vedere quando manca in tutto la successione testamentaria e quando manca in parte. La successione testamentaria manca in tutto; 1) quando non si è fatto testamento; 2) quando il testamento sia stato fatto, ma sia nullo per mancanza di ma formalità voluta dalla legge, per incapacità del testatore; 3) quando il testamento sia stato fatto, non sia nullo, ma sia stato revocato o dallo stesso testatore o *ope legis*, (perchè abbiamo due revoche del testamento, revoca per volontà del testatore e revoca *ope legis* che segue quando il testatore ha fatto testamento non avendo o ignorando d'aver figli e poi questi siano sopravvenuti; 4) quando l'erede universale sia istituito sotto condizione sospensiva e questa condizione sia venuta a mancare, oppure gli eredi istituiti senza condizione siano premorti al testatore, oppure sopravvisuti abbiano rinunziato; nè quali casi avviene quello che si dice caducazione testamentaria; cioè il testamento, esiste, è valido, non è stato revocato, ma è inefficace o perchè la condizione è mancata, o perchè i

chiamati all'eredità sono premorti, o perchè vi hanno rinunziato. Sicchè in tutte queste ipotesi ha luogo la successione legittima, per l'intero asse ereditario.

La successione testamentaria manca in parte, 1) quando il testatore abbia disposto de' suoi beni soltanto in parte, come se io dico: Lascio metà dei miei beni a Tizio, senza aggiungere altro, oppure faccio un testamento in cui dico: lascio un legato di dieci mila lire a Tizio, cioè quando non v'è disposizione di tutto l'asse ereditario, ma resta una parte di cui non si è disposto: in questi casi per quella parte di cui il testatore non ha disposto si apre la successione legittima.

2) Si può avere un altro caso: che il testatore disponga di una parte del patrimonio conformemente alla legge, di un'altra parte in contrasto col le disposizioni di legge, cioè ne abbia disposto nullamente, come se abbia beneficato delle persone incapaci di ricevere: per quella parte del patrimonio di cui il testatore ha disposto contrariamente alla legge, si apre la successione legittima.

3) Ancora: il testatore ha disposto del suo patrimonio in tutto e per tutto, e sempre validamente; ma un erede premuore; in questo caso se non si può far luogo al diritto di accrescimento rispetto agli altri eredi, e non v'è sostituzione, o diritto di rappresentazione, la porzione dell'erede premor=

to si devolve secondo le regole della successione legittima. 4)
Può avvenire infine che uno dei chiamati all'eredità rinunzi: se non c'è diritto di accrescimento, e non v'è sostituzione, sulla quota del rinunziante si apre la successione legittima.

Ma a questo punto è necessaria un'osservazione.

Parrebbe a prima vista che ammettendosi la simultaneità della successione testamentaria e della legittima, venga a distruggersi il concetto di eredità. Abbiamo detto che l'eredità è una *universitas iuris*, un'unità inscindibile; come dunque può coesistere l'eredità legittima accanto alla testamentaria? Non c'è più un tutto inscindibile, ci sono due eredità? No, altro è l'unità dell'eredità, altro è la duplicità della vocazione ereditaria. Come l'eredità è sempre una *universitas iuris*, un tutto inscindibile, ancorchè più siano le persone chiamate a succedere; in quanto ciascuno erede avrà una quota di questa unità e tutti saranno compartecipi dell'*universitas*; così ancora avviene quando più persone sono chiamate da diversi titoli: la legge e il testamento. La diversità del titolo può influire sulla diversità di persone chiamate a succedere, ma siccome questa non altera il concetto di eredità, così non altera la simultaneità delle due vocazioni ereditarie.

Un altro presupposto della successione legittima è che la persona chiamata sia in certa relazione col defunto.

Diversi sono i fondamenti di questa relazione. Uno è l'*ius familiae* cioè il vincolo che lega i discendenti, agli ascendenti, ai fratelli, ai collaterali, un altro è l'*ius sanguinus*, che è la base della parentela semplice=

mente naturale, un altro è l'*ius coniugii* cioè la società domestica, e in ultimo il legame che avvince i cittadini allo stato cui appartengono e su questo è fondato l'*ius imperii*.

Ecco quindi che per aprirsi la successione legittima è necessario che la persona chiamata sia legata al defunto o *iure familiae*, o *iure sanguinis*, o *iure coniugii*, o *iure imperii*, cioè appartenga ad una di queste categoria di successibili che per il nostro codice sono quattro: 1) parenti legittimi, cioè persona il cui rapporto si fonda sulla filiazione legittima (ius familiae); 2) parenti naturali, cioè parenti il cui fondamento è la filiazione naturale, (*ius sanguinis*); 3) coniuge superstite (*ius coniugii*) e 4 finalmente lo Stato (*ius imperii*). Ogni altro rapporto non non dà diritto alla successione legittima: così l'affinità non produce giammai il diritto alla successione legittima. Però siccome queste categorie sono troppo vaste, c'è una gradazione in ciascuna di esse: ciascuna di queste categorie si può scindere in varii gruppi; dimodochè non basta appartenere per es. ai parenti legittimi per poter pretendere il diritto di successione al defunto, ma bisogna vedere se in questa classe di parenti si occupi quel grado che per legge dà diritto alla preferenza (*grado successorio*).—

L'insieme di persone che hanno lo stesso grado successorio costituisce *l'ordine successorio*, ossia gruppo.

Però il nostro codice non dà il concetto di gruppo, o ordine; quindi grande incertezza negli autori.

Che cosa è l'ordine nella classe dei parenti legittimi, che costituisce la classe la più indeterminata? Io credo che per dare il concetto di gruppo bisogna definirlo come l'insieme di più persone che nella stessa classe di successibili ha la preferenza rispetto ad un altro complesso di persone, dimodochè fin tanto che esista una sola delle persone appartenti a un complesso, non può la successione essere attribuita ad altro che per legge viene in secondo luogo. E ammesso questo concetto fontamentale, noi siamo obbligati a dire che la classe dei parenti legittimi si divide in 3 gruppi; 1) gruppo dei discendenti; 2) gruppo degli ascendenti e fratelli e sorelle; 3) gruppo dei collaterali.

Però se un gruppo esclude l'altro nella stessa classe l'una classe non esclude l'altra; v'è il concorso di classi; infatti coi parenti legittimi concorrono i figli naturali e il coniuge superstite. In ciascun gruppo poi c'è una gradazione data dalla prossimità del grado di parentela, come si vedrà tra poco.

---

§. 10. Criteri seguiti dal legislatore nel regolare la successione legittima. — (Prossimità del grado; prerogativa della linea, e origine de' beni). — Il codice all'art. 722 dichiara

il criterio seguito dal legislatore nel regolare la successione legittima. L'art. 722 così si presenta come una disposizione di legge formale, non già come una legge materiale, cioè essa non "*imperat sed docet*", mentre ufficio della legge è *imperare non docere*. ci dice infatti qual'è lo stato il principio su cui si è basato il legislatore, cosa che poteva fare a meno di dire, perchè quel principio avrebbe potuto rilevarsi dall'insieme delle disposizioni. L'art. 722 dice: «*La legge nel regolare le successioni considera la prossimità della parentela e non la prerogativa della linea, nè la origine dei beni se non nei casi e nei modi dalla legge stessa espressamente stabiliti*»

Dunque da questo articolo si rileva che il principio generale seguito dal legislatore nel regolare la successione legittima è stato il criterio della prossimità della parentela o prossimità del grado. La prossimità della parentela è data dalla prossimità del grado: si dice parente più prossimo quello che è nel grado più prossimo; e la prossimità del grado si calcola secondo le regole che la legge stabilisce a proposito della parentela. La legge cioè distingue la parentela in varii gradi; i gradi sono tanti quanto le generazioni; cosichè per trovare il grado di parentela che corre tra una persona e un'altra bisogna contare le generazioni che intercedono tra queste due persone se si tratta di linea retta; se si tratta di linea collaterale bisogna sommare il numero dei gradi

che intercedono tra il capostipite e ciascuna di queste persone (Cfr. gli Articoli 48 a 51).—

La regola a cui ha accennato il legislatore si formula così; nella successione il parente più prossimo esclude il più remoto. Però, notate a fine di evitare un possibile equivoco, il principio della prossimità della parentela, sebbene enunciato dal legislatore in via generale, non è un principio assoluto e non è nemmeno un principio generale, poichè non sempre il legislatore nel regolare la successione ha tenuto conto della prossimità della parentela; non è sempre vero che il più prossimo esclude il il più remoto. Come vedremo, la legge mette in prima linea tra i successori legittimi i discendenti del defunto, poi gli ascendenti, poi i collaterali. Supponiamo che una persona morendo abbia lasciato il pronipote, il padre e la madre. Si applicherà qui la regola che il più prossimo esclude il più remoto? Vediamo in quale grado il pronipote ed il genitore sono parenti al defunto: Il genitore è parente in primo grado, invece il pronipote è parente in terzo grado; quindi se si dovesse applicare la regola "il più prossimo esclude il più remoto" dovrebbe nel nostro caso succedere il genitore del defunto e non già il pronipote; invece per legge avviene il contrario, succede il pronipote escludendo il genitore; onde qui abbiamo che in fatti il più remoto esclude il più prossimo.

Ecco quindi come quella regola non ha che un

valore ristretto a quello che noi chiamammo gruppo od ordine di successione.

La classe dei parenti legittimi si divide in tre gruppi, discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle, e altri collaterali. Ora in ciascuno di questi tre gruppi si procede col criterio che il più prossimo esclude il più remoto. Una persona muore lasciando figli, nipoti, pronipoti; chi deve succedere di queste persone che appartengono ad unico gruppo di successibili?

I più prossimi escludono i più remoti, il figlio è parente in primo grado, quindi esclude i nipoti che sono parenti in secondo grado, e questi i pronipoti che sono parenti in terzo grado, e via di seguito.

Una persona morendo ha lasciato degli ascendenti, cioè genitori, avi e bisavoli. Tutti sono ascendenti, tutti formano un unico gruppo.

Chi di loro deve essere preferito?

Il più prossimo esclude il più remoto; i genitori escludono gli avi e questi i bisavoli.

C'è un altro gruppo, quello dei collaterali.

Una persona morendo non ha lasciato nè discendenti, nè ascendenti, nè fratelli, nè sorelle; ma parenti collaterali dal terzo grado fino al decimo.

Chi deve essere preferito?

Prima quelli del 3°, poi del 4°, del 5° e così via.

Ma la legge dice ancora che: «non si tiene conto della prerogativa della linea nè della origine dei beni». Che vuol dire questo?

Per spiegare questa parte dell'art° 722, bisogna fare

un pò di storia.

Certi autori confondono il concetto della prerogativa della linea col riguardo all'origine dei beni. Essi credono che quando la legge dice che non si tiene conto della prerogativa della linea nè della origine dei beni, voglia intendere che è abolita la massima «_paterna paternis, materna maternis._» Ma ciò non è esatto, quando la legge dice che, non si ha più riguardo alla origine dei beni, ha inteso senza dubbio abolire la massima antica "_paterna paternis; materna maternis_„ ma quando dice che non si ha più riguardo alla prerogativa della linea si riferisce a tutt'altra cosa.

Si tratta di due diversi concetti che non sono stati mai confusi; tanto vero che il Cod. francese mentre abolì la successione avuto riguardo all'origine dei beni, mantenne la successione avuto riguardo alla prerogativa della linea.

Spieghiamo in che consiste la differenza: successione avuto riguardo all'origine dei beni, significa successione in cui non si ha riguardo nè al grado di parentela nè al numero dei successibili, ma soltanto all'appartenenza dei successibili a una piuttosto che ad un'altra linea di parentela messa in correlazione, (notate che qui appunto è la differenza), con l'origine dei beni che si trovano nell'asse ereditario.

Successione, con riguardo alla prerogativa della linea si ha quando i beni indistintamente vengono at-

tribuiti tanto alla linea paterna che alla materna; di modo che sono le due linee, considerate come complesso di persone, che vengono chiamate alla successione, non gl'individui ad esse appartenenti, considerate isolatamente: quindi non si tien conto nè del loro numero nè del grado di parentela. –

Nel diritto consuetudinario francese si distinguevano due specie di beni lasciati dal defunto: beni propri e beni acquisiti: i beni propri erano i beni avuti in eredità, e trasmessi da padre in figlio; beni acquisiti erano invece i beni che il defunto aveva acquistato <u>aere proprio</u>, col frutto del suo lavoro, della sua industria, de' suoi risparmi.

Ora secondo le consuetudini francesi, quando alcuno moriva lasciando figli, tanto i beni propri, quanto i beni acquisiti andavano ai figli; invece quando alcuno moriva non lasciando figli, ma altri parenti tanto nella linea paterna quanto nella linea materna, cioè ascendenti o collaterali, la successione era diversamente regolata secondo le varie specie di beni.

Si faceva distinzione: se i beni erano propri cioè beni ereditarii, non si guardava al numero o al grado di successibili nè alla linea cui essi appartenevano ma all'origine dei beni: se i beni che il defunto lasciava gli erano pervenuti da parte del padre, passavano a tutti i parenti della linea paterna, ancorchè nella linea materna ci fossero parenti di grado più prossimo; se invece i beni che il defunto lasciava fossero derivati tutti dalla linea materna e in questa linea non ci fosse che un lontanissi-

mo parente, mentre nella linea paterna v'era un parente più prossimo, anche lo stesso padre; in questo caso sol perché i beni che il defunto lasciava, gli erano provenuti dall'eredità della madre, questi si trasmettevano tutti al parente di lontanissimo grado ma appartenente alla linea materna, e niente ereditava l'immediato genitore del defunto: e infine se i beni erano provenuti parte dal lato materno e parte dal paterno, essi passavano alla linea paterna e alla materna secondo la loro provenienza.

Ecco che significa successione avuto riguardo all'origine dei beni, che per diritto consuetudinario francese aveva luogo solo rispetto ai beni propri cioè i beni di famiglia.

Invece quando si trattava di beni acquisiti, cioè di beni derivanti da risparmi, dall'industria, dalla professione del defunto, e non v'erano figli non potendosi tener conto, per natura stessa delle cose, dell'origine dei beni, si seguiva il sistema della prerogativa della linea, cioè non si aveva riguardo alla prossimità del grado di parentela, ma si teneva conto solo della linea, cioè del complesso di persone derivanti dal padre o dalla madre; tutta l'eredità costituita di beni acquisiti si divideva in due parti eguali; una metà andava ai parenti della linea paterna, un'altra metà a quelli della linea materna, ancorchè in queste due linee ci fossero parenti di grado disuguale o di numero disuguale. Mettiamo che nella linea paterna ci fosse un solo parente, e tre nella linea materna; l'eredità non si divideva in quattro parti, ma in due parti, metà andava all'unico parente di linea paterna e metà agli altri tre in linea materna.

Poniamo ancora che nella linea paterna vi fosse un parente di 8°. grado e nella linea materna un parente al decimo grado; non importava la disuguaglianza del grado; sempre metà dei beni spettava all'uno e metà all'altro. Ecco che cosa significa successione avuto riguardo alla prerogativa di linea.

Ora, come si vede, questi due sistemi di successione differivano sostanzialmente trà loro, perchè sebbene tanto nell'uno quanto nell'altro si tenesse conto del gruppo di parenti derivanti dal lato paterno, o dal lato materno, e non de' singoli individui, purnondimeno la differenza era sostanziale, perchè quando si aveva riguardo all'origine dei beni non erano entrambe le linee che insieme approfittavano ugualmente de' beni del defunto, ma quella sola linea dal cui capo stipite erano derivate i beni, quindi i soli parenti di linea paterna, se i beni erano derivati dal padre, i soli parenti di linea materna se erano derivati dalla madre.

Invece nel sistema di successione per prerogativa di linea, in ogni caso tanto i parenti di linea paterna, quando i parenti di linea materna si giovavano della successione, inquantochè tutte e due le linee erano chiamate a succedere in parti uguali senza tener conto nè del numero, nè del grado di parentela delle persone appartenenti a quelle linee.

Inoltre tanto è vero che la differenza è sostanziale, che il Codice Napoleonico mentre continuò a mantenere la successione per prerogativa di linea,

abolì quella per l'origine dei beni, che del resto era stata abolita prima dalle leggi della Rivoluzione, cioè nel caso che al defunto succedessero collaterali dispose che tutto l'asse ereditario si dovesse dividere in due parti, una spettante alla linea paterna, e l'altra alla materna, senza però tener conto dell'origine dei beni, e quindi senza distinguere se i beni lasciati fossero beni di famiglia o beni acquisiti.

Fu solo il Codice Napoleonico che abolì tanto l'uno quanto l'altro sistema, ma negli Codici presistenti in Italia si trovano ancora traccie del sistema della prerogativa della linea, sebbene sia rigettato quello della successione secondo l'origine dei beni.

Dunque quando la legge dice che la successione è regolata in modo da non tener conto nè della origine dei beni, nè della prerogativa della linea, vuol significare che si è tenuto conto soltanto della prossimità del grado di parentela nei vari gruppi chiamati a succedere; o in altri termini della prerogativa del grado.

Questo però dice in via generale: perchè aggiunge nello stesso art°. 722. "se non nei casi e nei modi dalla legge stessa espressamente stabiliti."

Questo inciso farebbe credere che, sebbene per regola generale non si abbia riguardo all'origine dei beni, nè alla prerogativa della linea, pure vi siano dei casi in cui eccezionalmente si ha riguar-

do all'origine dei beni ed alla prerogativa della linea.

Ma ci sono questi casi? No; ciò è innegabile per l'origine dei beni; esaminando il Codice nostro, risulta che non c'è nessuna disposizione in cui si riscontri un'eccezione al principio che non si ha riguardo all'origine dei beni. Una eccezione si riscontra nei Codici preesistenti tanto nel Codice Napoletano quanto nel Codice Albertino ed era il così detto diritto di riversione legale o *jus recadentiae*.

Il diritto di riversione consisteva in questo: quando una persona moriva senza figli e lasciava un ascendente, se i suoi beni gli erano provenuti da una donazione dell'ascendente, questi rientrava nella proprietà dei beni donati al suo discendente. Così si aveva un'applicazione del sistema di successione avuto riguardo all'origine dei beni, però limitata; perchè mentre nel diritto antico non si guardava al fatto se esistesse o no la persona che aveva donato i beni, ma si badava soltanto se esistessero parenti dell'antico donante, invece in questi Codici preesistenti, come anche nel Napoleonico, si aveva riguardo alla circostanza se esistesse la persona stessa del donante. —

Quindi per questi Codici si richiedeva la sopravvivenza del donante; così che si aveva una riversibilità legale, cioè lo stesso effetto che si avrebbe avuto se si fosse pattuita la riversibilità; la qual cosa è

possibile anche oggi, poichè quando una persona dona può stabilire che nel caso che il donatario gli premuoia senza prole i beni ritornino a lui.

La differenza però tra la riversibilità convenzionale e quella legale è che mentre la prima funziona come condizione risolutiva, onde il donante che riacquista i beni donati, si considera come se mai se ne fosse spogliato; la seconda non importa risoluzione, ma successione del donante al donatario; successione che il legislatore francese chiamò irregolare anomala. Ora questa successione irregolare, questo *ius recadentiae* evidentemente costituiva una eccezione al principio generale che cioè nella successione non si ha riguardo all'origine dei beni, perchè in questo caso si aveva riguardo a tale origine. Ma quest'eccezione che si trovava nel Codice francese e nei Codici di alcuni degli ex stati d'Italia non si trova più nel nostro Codice.

Il legislatore volle abolire *l'ius recadentiae*, perchè pensò che quando c'è interesse alla riversibilità, le parti potranno pattuirla; e non occorre che, in mancanza della volontà delle parti intervenga la legge a mutare l'ordine naturale di successione. Onde abolita la riversibilità legale, resta senza significato la disposizione di legge che fa supporre esservi eccezione al principio generale per cui non si ha riguardo alla origine de' beni: queste eccezioni non esistono.

Ma mentre su questo punto v'è accordo tra

gli autori, non ve n'è sull'altro punto, cioè se in qualche caso vi sia eccezione alla regola generale per cui non si ha riguardo alla prerogativa della linea.

Secondo qualche scrittore ci sono questi casi. Ma quali sono? Alcuni per dare quanto più è possibile efficacia alla disposizione di legge, dicono che qui per prerogativa di linea non si deve intendere quello che s'intende nel Codice Napoleonico e nelle consuetudine francesi; non si deve intendere che le due line materna e paterna, sono chiamate alla successione avuto riguardo alla linea come complesso, e non già avuto riguardo ai singoli individui appartenenti a quella linea, ma si deve intendere la parola linea in senso proprio.

La parola linea, bisogna ricordare, ha due significati nel linguaggio giuridico. Linea significa una serie di persone che o discendono l'una dall'altra (linea retta) o dallo stesso capostipide, senza discendere l'una dall'altra (linea collaterale) onde si distinguono tre linee; discendente, ascendente e collaterale (Artº 50).

In fondo poi le due linee discendente e ascendente costituiscono una sola linea, la retta, che si chiama ascendente se si considera dal basso in alto, discendente se si considera dall'alto in basso. E questo è il significato proprio che dà il Codice alla parola linea nell'articolo 722. Poi c'è l'altro significato pel quale linea denota il complesso di persone,

le quali sono parenti per parte del padre o per parte della madre, onde si distingue linea paterna e linea materna.

Ora quando il Codice francese parla di divisione di eredità per linea, intende parlare del complesso dei parenti ex patre o ex matre, non già del complesso dei parenti ascendenti o discendenti o collaterali. Ma gli autori che vogliono assolutamente attribuire efficacia pratica all'eccezione enunciata nell'art. 722 del nostro Codice dicono: volete la prova che della prerogativa della linea è stato tenuto conto dal nostro Codice? quando muore una persona, chi prima succede? i discendenti ed in mancanza di questi, gli ascendenti e se questi anche mancano, i parenti in linea collaterale. Ecco, dunque, che la legge nella successione ha tenuto conto della prerogativa della linea, ma in senso diverso dal diritto anteriore.

Ma noi osserviamo che se il Codice avesse voluto tener conto in questo senso della prerogativa della linea, per lo meno avrebbe fatto male a dire che non si tien conto della prerogativa della linea, tranne in alcuni casi, mentre avrebbe dovuto dire che di regola se ne tiene conto, perchè per regola generale prima sono chiamati i discendenti, poi gli ascendenti e poi i collaterali.

Perciò non si può dire che il legislatore abbia nell'art. 722 inteso parlare di linea in questo senso.

Sicchè non resta che un caso solo in cui si può rav=

visare un avanzo del sistema di successione avuto riguardo alla prerogativa della linea ed è il caso in cui mancano i discendenti, e degli ascendenti mancano il padre e la madre e restano invece altri ascendenti di grado più remoto: la legge dice che in questo caso l'eredità si divide in due parti, metà va agli ascendenti di linea paterna, metà agli ascendenti di linea materna senza tener conto della disuguaglianza del numero. Così se qualcuno morendo lascia il solo avo paterno e tutti e due gli avi materni, l'eredità non si divide in tre parti, ma in due, metà va all'avo paterno e metà agli avi materni. Ora in questo caso si può ravvisare solo una pallida reminiscenza della prerogativa della linea; ma non abbiamo il vero concetto antico, perchè il Codice dice che questa divisione si ha solo nel caso in cui gli ascendenti delle due linee siano di grado uguale, giacchè se sono di grado disuguale, non si ha la divisione per linee. Invece se si fosse tenuto conto della prerogativa della linea, come nelle antiche leggi, anche nel caso che gli ascendenti paterni e materni fossero <u>di grado disuguale</u> <u>l'eredità</u> si sarebbe dovuto dividere in due parti; il che non avviene perchè la legge dice che in questo caso l'ascendente più prossimo esclude il più remoto.

Ecco dunque che anche nella successione degli ascendenti non abbiamo una vera successione per prerogativa di linea; la quale importa astrazione

non solo dal numero delle persone che compongono la linea, ma anche dal grado di parentela, in cui si trovano rispetto al defunto; perchè si considera la linea come un organismo a se indipendentemente dagli individui che lo compongono. Quindi evidentemente per quanti sforzi si facciano a voler ritrovare le eccezioni indicate nell'Art° 722, esse non esistono e quindi bisogna spiegare questa disposizione del nostro Codice come un errore proveniente dalla mancanza di coordinazione nelle disposizioni legislative.

---

## §. 11. Il diritto di rappresentazione. Concetto. —

Un'altra regola generale è che la vocazione nella successione legittima è di due specie; vocazione che io dirò, diretta, e vocazione indiretta o per sostituzione. Il codice però adopera un altro linguaggio che sebbene tradizionale, è da rigettare perchè, come vedremo, è fondato su di un concetto inesatto; esso dice che la successione legittima ha luogo o per diritto proprio, o per diritto di rappresentazione. Stabiliamo fin da ora che questo linguaggio è inesatto: tanto la successione, che il Codice dice, aver luogo per diritto proprio; quando quella che dice per diritto di rappresentazione, è sempre successione per diritto proprio; cioè il
per diritto a lui trasmesso da altri. Solo la differen
chiamato all'eredità succede per diritto proprio, non già per diritto a lui trasmesso da altri. Solo la differenza è questa: quando la legge dice che si ha successi-

ne per diritto proprio, vuol significare che il successibile è chiamato dalla legge direttamente, in primo; quando la legge parla di successione per diritto di rappresentazione, intende riferirsi al caso in cui qualcuno non è chiamato direttamente e in primo luogo, ma è chiamato in secondo luogo, a sostituire un'altra persona che sarebbe chiamata in primo luogo, ma che per una ragione speciale non ha potuto conseguire il diritto di successione.

Facciamo un esempio: La legge chiama alla successione i figli del defunto, cioè i discendenti in primo grado; questi succedono, secondo il linguaggio tradizionale e del nostro Codice, per diritto proprio, o, secondo noi, per vocazione diretta. Uno di questi figli è premorto al de cuius ossia all'autore della successione. (I Tedeschi hanno una parola più espressiva (Erblasser) che se si volesse tradurre alla lettera significherebbe lasciatore di eredità).

In tal caso la legge dice: "in luogo di questo premorto, io chiamo i suoi figli, cioè i nipoti del defunto ex filio, i quali però, qualunque sia il loro numero, hanno lo stesso diritto del loro padre premorto."

Questa si dice successione per rappresentazione, e che meglio, secondo me, va chiamata successione per vocazione indiretta, mediata, per sostituzione, in quanto che è sempre la legge che chiama per diritto proprio i figli del premorto, ma non già considerati per se stessi, ma avuto riguardo al loro au-

tore, il cui posto vengono ad occupare. —

Esaminiamo ora, per chiarire meglio le idee, la storia del diritto di rappresentazione.

L'origine si trova nel Diritto Romano: al padre di famiglia che moriva intestato succedeva il figlio, e se il figlio era premorto, i figli di questo figlio premorto, (i quali secondo il sistema romano si trovavano sempre sotto la patria potestà dell'avo) succedevano prendendo il posto del loro genitore premorto; questa successione in diritto romano si diceva successione <u>per stirpes</u>, perchè non si teneva conto non già degli individui, ma della stirpes.

Per <u>stirpes</u> si può intendere due cose diverse. Secondo alcuni <u>stirpes</u> è il genitore; secondo altri <u>stirpes</u> è l'insieme delle persone procreate dal genitore; ma o la parola s'intenda in un senso o nell'altro, il significato di successione <u>per stirpes</u> non si altera. Quando si dice successione <u>per stirpes</u> si intende dire successione avuto riguardo non già agli individui, ma al loro insieme (gruppo) dato dall'unità dell'autore comune. Dunque se il figlio era premorto al genitore, il posto suo era preso dalla <u>stirpes</u>, cioè dai figli da lui derivanti, i quali, qualunque fosse il loro numero, succedevano per <u>modum unius</u>. Cosicchè, mentre quando succedevano tutti i figli, cioè i discendenti di primo grado, la divisione dell'eredità si faceva <u>per capita</u>, cioè si facevano tante parti quante erano i capi; invece quando aveva luogo

la successione dei discendenti di 2° grado, o nepoti, che prenderano il posto del figlio premorto, non si divideva l'eredità in tante parti quanti erano i capi, ma si teneva conto solo della _stirpes_; così se la _stirpes_ era composta di 8. 9. 10 persone la eredità non si divideva in 8, 9. 10 parti uguali, ma si attribuiva a tutti insieme quella parte che sarebbe toccata al loro autore.

Ora questa che i romanisti chiamavano successione per stirpes, i giureconsulti medioevali la concepirono come una successione per rappresentazione; pensarono cioè che i nepoti del _pater familias_ fossero chiamati dalla legge come rappresentanti il loro autore premorto, non già per dritto proprio.

Perchè nella successione per dritto proprio si applica la regola che il più prossimo esclude il più remoto; e la divisione dell'_asse si fa_ per quote virili qui invece si ha un'eccezione alla regola della prossimità del grado, inquantochè i nipoti che sono in secondo grado rispetto al defunto, o i pronipoti che sono in 3°. grado succedono insieme i figli del defunto che sono parenti in primo grado; e d'altra parte essi non hanno una quota virile, ma ciò che sarebbe spettato al loro autore se fosse stato vivente.

Queste eccezioni rimangono spiegate col concetto di rappresentazione; cioè i figli del premorto vengono ad esercitare lo stesso diritto che avrebbe avuto il loro genitore se non fosse premorto, ma non hanno già un dritto proprio.

Da questo concetto si trassero delle conseguenze. Una è questa che non si rappresenta la persona del vivente (<u>viventis non datur repraesentatio</u>).

Se gli antichi concepirono il dritto di rappresentazione come l'esercizio di un dritto altrui, di chi cioè avrebbe potuto esercitare per se questo dritto, se la premorienza non fosse avvenuta, ritennero coerentemente che quando l'erede fosse stato indegno non potendo esercitare il diritto successorio non potessero esercitarlo per rappresentazione i suoi discendenti.

E ancora, e per la stessa ragione, se il figlio del <u>de cuius</u> avesse rinunziato all'eredità, i figli del rinunziante nemmeno avrebbero avrebbero potuto pretendere di succedere per rappresentazione. Ora questo concetto che alcuni sostennero fino all'ultime conseguenze non fu da tutti i giureconsulti mantenuto, ma ebbe molti strappi. Così quando qualcuno lasciava morendo dei figli assenti di cui non si sapesse se fossero morti o vivi, a rigore la successione per rappresentazione non poteva aver luogo, perchè l'assente non è morto; pure non mancò chi ammettesse la rappresentazione dell'assente.

Ancora per l'indegno vi fu chi distinse il caso dell'indegno premorto e quello dell'indegno vivente e si ritenne che solo in questo secondo caso non vi fosse diritto di rappresentazione, ma che vi fosse nel primo nonostante che il premorto per la sua indegnità se fosse sopravvissuto non avrebbe avuto

dritto alcuno alla successione.

Finalmente ci furono alcuni che dissero che mai il fatto dell'indegnità del padre non deve nuocere ai figli; se l'indegnità è effetto di un atto personale, la pena di chi ha commesso quest'atto è anche esso personale, e non deve estendere i suoi effetti alla parte innocente; quindi l'indegno può essere rappresentato. Così a poco a poco le eccezioni vennero meno, e svanì il primitivo concetto di rappresentanza.

Dal momento che fu possibile rappresentare l'assente, e l'indegno, non si potè più dire con fondamento di verità che il rappresentante, cioè chi succedeva *iure rappresentationis*, esercitasse un diritto altrui. — Se l'indegno ha perduto il suo diritto di successione e nondimeno la prole può rappresentarlo, se l'assente non ha potuto mai acquistare alcun dritto di successione e nondimeno il figlio può rappresentarlo, evidentemente quelli che succedono per rappresentazione dell'indegno, dell'assente, succedano *iure proprio* non *iure alieno*.

Del resto anche nel caso tipico di premorienza, si può dire che i figli che succedono per rappresentazione del premorto, esercitino un diritto altrui? Noi sappiamo che prima della morte del padre i figli non possono pretendere il diritto alla successione, e che questo si acquista nel momento della morte del *decuius*, ora se il figlio è premorto al padre, non può dirsi che

egli abbia mai acquistato il diritto alla futura successione del suo genitore; e che questo suo diritto possa in sua vece essere esercitato dai suoi discendenti. Quindi anche nel caso di semplice premorienza, mal si parla di diritto di rappresentazione

Si può parlare di rappresentazione sia pure in senso improprio, quando qualcuno eserciti un diritto appartenente a un altro in luogo e in nome di costui, ma se la persona nel cui posto si sottentra non ha avuto nessun diritto successorio per effetto della premorienza, è evidente che il chiamato alla successione in luogo del premorto, e dell'assente, o dell'indegno, non esercita un diritto altrui ma un diritto proprio.

Ecco quindi come il concetto di rappresentazione era un concetto fondamentalmente errato, e questo errore non fu solo di parole, ma anche d'idee, e perciò diede origine ad erronee conseguenze. Una di queste fu quella di concepire la successione per rappresentazione come una finzione di legge, cosicchè il Codice Napoleonico e tutti gli altri codici preesistenti considerarono la successione per rappresentazione come una *fictio iuris*.

Il nostro legislatore è stato più avveduto ed ha eliminato il concetto di finzione: cosicchè la rappresentazione più che un'eccezione alla regola della successione per prossimità di grado, è una regola diversa che ha applicazione quando concorrono speciali condizioni.

La rappresentazione sarebbe vera finzione, ove attribuisse a una persona il diritto di un'altra che non l'ha mai avuto, come se realmente l'avesse avuto. Il vero è invece che la legge tien conto del cosidetto rappresentato, cioè del premorto, assente, o indegno per determinare soltanto la misura de' diritti che spettano a coloro che essa chiama in suo luogo, non già per attribuirgli fintamente un diritto che realmente non ha mai avuto, e farlo passare nei suoi discendenti.

Abbiamo quindi due regole distinte:

La prima è che il più prossimo esclude il più remoto; ma questa regola non ha efficacia quando sia possibile la successione per stirpes; cioè la legge tien conto nella successione non solo degli individui, ma anche di quel complesso organico che si chiama stirpe, la quale mette capo a quegli individui che se non fossero presenti, assenti o indegni sarebbero stati chiamati a succedere in primo luogo.

Concludendo, dalle cose dette risulta che quella che si dice successione per diritto di rappresentazione è invece successione per diritto proprio. La differenza che passa tra la successione per diritto proprio, secondo il linguaggio legale, e la successione per diritto di rappresentazione consiste in ciò; si succede per diritto proprio, quando alcuno è chiamato a succedere, direttamente, in primo luogo, e in considerazione della sua individualità; si succede per diritto di rappresentazione, quando pur succedentosi per diritto pro

prio, e non per dritto altrui, si è chiamato dalla legge in luogo altrui, in mancanza cioè di chi sarebbe chiamato in primo luogo, e in considerazione non dell'individuo, ma dell'appartenenza alla stirpe del chiamato in primo luogo.

Quindi successione per dritto di rappresentazione non vuol dire altro che successione per sostituzione, e per istirpe.

---

## §. 12. Rappresentazione e trasmissione d'eredità. –

Fissato il concetto di successione in rappresentazione, possiamo comprendere qual differenza passa tra successione <u>jure repraesentationis</u> e successione <u>jure trasmissionis</u>, differenza che non sarebbe così facile capire, accogliendo il vecchio concetto medioevale della rappresentazione. Se chi succede per rappresentazione succedesse non per dritto proprio, ma per dritto altrui, agevolmente si potrebbe fare confusione con la successione <u>jure trasmissionis</u> in cui pure v'ha uno che succede per via mediata, per dritto trasmessogli da un altro. Ma invece partendo dal nostro concetto, la differenza risulta evidente; ed è quella stessa che esiste tra successione per dritto proprio e successione per dritto altrui. – La successione <u>jure trasmissionis</u> non è un modo di successione speciale; ed è

una frase inesatta quella di successione *jure trasmissionis*.

Quando avviene la *trasmissio* di un'eredità non avviene niente di singolare. Come abbiamo già detto, l'eredità è l'unità di tutti i possibili rapporti patrimoniali appartenenti al defunto: ora se alla persona che muore e che lascia l'eredità, era stata devoluta l'eredità di un terzo, ma questa non era stata ancora accettata per una ragione qualsiasi, allora nel compendio ereditario di chi morì dopo la devoluzione dell'eredità del terzo, e prima dell'accettazione, si troverà oltre tutti i diritti che egli aveva acquistati e che erano entrati a far parte del suo patrimonio, anche il diritto di accettare o rinunziare l'eredità a lui devoluta, ma non per anco da lui accettata o ripudiata.

Cosicchè, gli eredi possono, come il loro autore, accettare o ripudiare l'eredità del terzo, e se l'accettano si dice che essi succedono *jure trasmissionis*. Ma come ben si vede, non si ha un modo speciale di successione, ma un'applicazione del principio generale intorno alla successione: per cui l'erede entra nel posto del defunto in tutti i rapporti patrimoniali. Perciò, chi succede, *jure trasmissionis* non è successore del terzo ma è successore del suo immediato autore: egli intanto può accettare l'eredità del terzo in quanto ha accettato l'eredità del suo autore, dimodochè se rinunzia all'eredità del suo autore, non potrà accettare quella del terzo che faceva parte appunto dell'eredità del suo autore; inoltre se egli è incapace o

indegno verso il proprio autore immediato non potrà accettare l'eredità del terzo, perchè questa eredità non è un tutto distinto dal patrimonio ereditario a lui direttamente devoluto ma è uno dei vari dritti in esso contenuti.

Invece accade l'opposto nella successione _jure repraesentationis_; chi succede _jure repraesentationis_ non succede già a quello che si dice rappresentato, cioè alla persona premorta, assente, o indegna; ma succede direttamente al _de cujus_ quindi egli è successore immediato, unico, diretto, di costui. – Ne deriva perciò che quand'anche il rappresentante abbia rinunziato all'eredità del rappresentato, o sia rispetto a costui incapace o indegno, può succedere per rappresentazione, purchè egli sia capace rispetto al _de cujus_

Nella cosiddetta successione per trasmissione vi sono due passaggi di diritti; l'uno dal defunto a colui che, sebbene sopravvissuto, è morto prima d'accettare l'eredità; l'altro da costui (che si potrebbe chiamare trasmittente) a' suoi eredi.

Onde chi succede _jure trasmissionis_ succede non per dritto proprio, ma per dritto trasmessogli, da colui cui l'eredità è stata devoluta ma che non l'ha accettato. – Invece nella successione _jure repraesentationis_ abbiamo unico trasferimento dal _de cujus_ a chi succede _jure repraesentationis_, giacchè il rappresentato, sia egli premorto, assente, o indegno, è uno a cui mai è stata devoluta l'eredità. Il rappresentato non funge come or-

gano intermedio della trasmissione del dritto, ma è soltanto la persona che si prende in considerazione per determinare quale sia la posizione del rappresentante.

E tanta la differenza che passa tra questi due istituti, che il dritto di rappresentazione ha luogo per l'appunto quando è impossibile il dritto di trasmissione, e questo à luogo solo quando non si può parlare di successione jure repraesentationis; cosicchè i due istituti si eliminano a vicenda.

E ciò perchè i presupposti della successione per trasmissione sono contrari a quelli della successione per rappresentazione: Presupposto della trasmissione è che la persona chiamata a succedere a un'altra che sia sopravvissuta, ma che non sia stata in tempo ad accettare l'eredità, diguisachè abbia acquistato il diritto ereditario, sebbene in maniera non definitiva; invece presupposto della successione per rappresentazione è che il diritto di eredità non siasi potuto per legge acquistare, nemmeno sotto condizione d'accettazione, dalla persona nel cui posto si sottentra, perchè questa mancava delle condizioni richieste per la devoluzione dell'eredità, perchè non è sopravvivente al defunto, o perchè assente, o perchè indegno. La legge, anzi, ha introdotto l'istituto della rappresentazione appunto per ovviare agli inconvenienti che derivano dall'impossibilità della trasmissione: quando un padre muo-

re ed alla sua morte alcuni figli sono viventi ed altri sono premorti, i nipoti del *de cujus* cioè i figli del figlio premorto, non potrebbe per principio generale, aver niente, perchè il loro padre nulla potette acquistare nella successione avita, mentre se fosse sopravvissuto, sia pure per un sol momento, al *de cujus*, avrebbe trasmesso ai suoi figli l'eredità. Evidentemente a questo inconveniente ripara l'istituto della rappresentazione.—

Ecco dunque come l'istituto della rappresentazione presuppone l'impossibilità dell'applicazione dell'istituto della trasmissione e viceversa.—

---

## §.- 13. Le disposizioni di legge sul diritto di rappresentazione.-

Dato così il concetto della successione per rappresentazione e lumeggiatolo col confronto della successione *jure trasmissionis*, è tempo di studiare le varie disposizioni del Codice intorno alla rappresentazione.

Il nostro Codice così definisce la rappresentazione all' artº. 729: "*La rappresentazione ha per effetto di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato.*"

Questa definizione è preferibile a quella che si trova nel Codice francese e nei Codici preesi=

stenti in quanto si trova eliminato il concetto di finzione. – Però ha il difetto di essere pleonastico, perchè essa dice che la rappresentazione ha per effetto di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato; mentre queste diverse parole non significano cosa diversa: bastava per esprimere intero il concetto dire nel luogo o nel grado, o nei diritti soltanto.

Per grado infatti non si può intendere il grado di parentela, ma il grado successorio ossia posto; grado o posto a cui sono connessi certi determinati diritti successorii: onde entrare nel posto equivale a entrare nel grado, ed entrare nel grado significa entrare nel diritto a quel grado spettante. Però nonostante che la definizione sia verbosa, il concetto della legge appare chiaro; cioè la rappresentazione ha per oggetto di far prendere ad una persona lo stesso posto che avrebbe occupato un altro in una data successione. Quindi il figlio chiamato in rappresentazione del padre, otterrà quei diritti che sarebbero spettati a questo che si dice rappresentato. Ma il maggiore difetto della definizione, è che non dà un concetto preciso della rappresentazione, non dicendo quale sia la sua natura e quali i casi in cui ha luogo. Quindi noi ad essa preferiamo la seguente: si ha successione per rappresentazione: quando la prole o stir=

pe è dalla legge chiamata a succedere in sostituzione del suo autore, che per una ragione indipendente dalla sua volontà non ha potuto acquistare il diritto all'eredità, a cui era chiamato in primo luogo, nella qualità di discendente, o di fratello o sorella del defunto.

A questa definizione si possono riconnettere le regole generali intorno alla rappresentazione poste dal nostro Codice. 1) Perchè abbia luogo la rappresentazione, anzitutto bisogna essere discendente, bisogna formare la stirpe. E la legge infatti negli Art.i 730 e 732 parla sempre di discendenti.

L'art.º 730 dice: "La rappresentazione nella linea retta discendente ha luogo in infinito e in tutti i casi ecc. ecc. ..."

L'art.º 732 dice: Nella linea collaterale "la rappresentazione è ammessa in favore dei figli e discendenti dei fratelli e sorelle del defunto ecc..

2) Non basta essere discendenti di una persona per potere prendere il posto di questa nell'ordine successorio ma è necessario che la persona di cui si è discendente e di cui si vuole prendere il posto sia in in certi rapporti di parentela col defunto, cioè o rapporto di filiazione o rapporto di fratellanza; cioè la persona il cui posto si vuol prendere non può essere che o figlio o discendente del defunto, o fratello o sorella. Cosicchè se non vi siano nè discenden

ti dei figli, nè discendenti dei fratelli, o sorelle del defunto, ma vi siano discendenti di altri parenti, per questi non si dà luogo alla rappresentazione. Così non vi è rappresentazione degli ascendenti.

Un tale morendo lascia l'avo paterno e i figli dell'avo materno, cioè gli zii. Chi succederà? l'avo paterno soltanto; gli zii sebbene discendenti di colui che se fosse sopravvissuto, avrebbe avuto diritto alla successione, non possono, sottentrando nel suo posto, succedere per rappresentazione; e ciò perchè la legge nostra a differenza del cod. civ. germanico, non volle ammettere il diritto di succedere in rappresentazione degli ascendenti.

La ragione addotta da' compilatori del cod. francese, cioè che ammettendo la rappresentazione rispetto agli ascendenti, sarebbe far risalire il corso del fiume alla sua sorgente; perchè il caso più comune è la premorienza degli ascendenti; è una ragione inconcludente.

In ogni modo il legislatore così ha voluto, e noi non possiamo che constatare tale volontà.

Come non v'è rappresentazione degli ascendenti del defunto, così non v'è nemmeno de' collaterali dal 3° al 10° grado.

Una persona morendo non lascia discendenti, nè ascendenti, ma lascia zii, fratelli del padre o della madre.

Supponiamo che uno zio del de cujus sia premorto e abbia lasciato dei figli, cosicchè al tem-

po della morte del *de cujus* si trovi uno zio vivente e due figli dello zio premorto: questi due figli possono pretendere il diritto alla successione per rappresentazione? No. La rappresentazione dunque è limitata ai discendenti dei figli e ai discendenti di fratelli e sorelle.

A questo punto è da notare che la legge non distingue se i fratelli o le sorelle siano germani o unilaterali (cioè consanguinei od uterini) perciò tanto se si tratti di fratelli o sorelle germani, quanto se si tratti di fratelli e sorelle unilaterali, il diritto di rappresentazione è sempre ammesso.

3) Non basta che alcuno sia discendente del figlio, fratello o sorella del defunto, ma è necessario anche che la persona nel cui posto si vuol sottentrare, cioè il discendente o il fratello o la sorella del defunto non abbia acquistato il diritto all'eredità per ragioni indipendenti dalla sua volontà.

Queste ragioni sono la premorienza, l'assenza, l'indegnità.

Il caso della premorienza dà luogo alla successione per rappresentazione, poichè il premorto al *de cujus* è uno che non ha potuto acquistare l'eredità per ragioni indipendenti dalla sua volontà: la premorienza ha fatto sì che egli non si sia trovato esistente nel momento in cui si acquista l'eredità. Anche l'assenza si può equiparare in certo modo alla premorienza, perchè essa fa ignorare se una persona sia viva o morta.

Ora, perchè una persona acquisti l'eredità di un'altra è necessario provarne la sopravvivenza ma tale prova non si può fare quando qualcuno sia assente; quindi il caso dell'assenza ben si può equiparare a quello della premorienza, ossia della mancata sopravvivenza. Invece è da notare che quando la legge parla di premorienza non intende parlarne solo in senso positivo, cioè di morte avvenuta in tempo anteriore a quella del de cujus, ma anche nel senso negativo, cioè di non sopravvivenza: onde non v'è dubbio che al caso di premorienza equivalga quello di commorienza perciò nei casi tanto ormai comuni in Sicilia e in Calabria per il terremoto di Messina e di Reggio, padre e figlio, per esempio, sono morti nello stesso disastro, il fatto della commorienza del figlio e del padre equivale al caso di premorienza del figlio al padre, e quindi se vi sono figli di questo figlio, essi succedono per rappresentazione. Ora come alla premorienza si equipara la commorienza, si deve equiparare anche l'assenza perchè l'assente rispetto al defunto non si può dire, ad esso sopravvissuto, appunto perchè è incerto se egli sia o non sia vivo. Perciò la legge ha detto che si rappresentano anche gli assenti, e ciò, notate, avviene sempre in tutti i vari periodi di assenza, senza bisogno di distinguere l'assenza presunta dall'assenza dichiarata, nè lo stadio d'immissione nel possesso tempora-

neo dei beni, da quello d'immissione nel possesso definitivo.

Il terzo caso in cui la mancanza dello acquisto del diritto ereditario non dipende dalla volontà del rappresentato, ma dalla legge è quello dell'indegnità. Come nei casi di assenza, anche nei casi di indegnità le legislazioni anteriori non vollero ammettere il diritto di rappresentazione, perchè partivano dal principio: "viventis non datur repraesentatio". —

Il nostro Codice invece facendo un passo avanti nella teoria della rappresentazione, ammise anche il caso d'indegnità fra quelli che danno luogo al diritto di rappresentazione.

Il Codice all'Art° 734 veramente non dice indegnità, ma parla di incapacità, e dice: "Non si rappresentano le persone viventi eccetto che si tratti di persone assenti o incapaci di succedere."

Sicchè, se si volesse stare alla lettera della legge, dovremmo dire che si può rappresentare non solo l'indegno, ma anche l'incapace per inesistenza fisica. — Ma possibile questo? No, per la natura stessa delle cose.

Se è assolutamente incapace colui che al momento dell'apertura della successione non è ancora concepito, è evidente che i suoi discendenti non possono essere esistenti al tempo della mor-

te del *de cujus*; quindi sono anch'essi incapaci di succedere come per ragione propria, così per rappresentazione. Quindi sebbene la lettera della legge sia ampia e parla d'incapacità in generale, pur nondimeno per la natura stessa delle cose, questa parola deve intendersi in un significato ristretto cioè in quello di indegnità.

L'unico caso in cui non è possibile la rappresentazione è quello della rinunzia. Il chiamato direttamente all'eredità è sopravvissuto, non è assente, nè indegno, ma ha rinunziato a l'eredità: in questo caso i figli non succedono per rappresentazione, ma o succedono per diritto proprio o non succedono addirittura. Succedono per diritto proprio, quando non si trovi altri parenti di grado più prossimo. Supponiamo che una persona morendo lascia un solo figlio. Questi rinunzia, i figli di questo figlio vengono chiamati alla successione per diritto proprio, come discendenti di 2°. grado del defunto. — Invece se un padre morendo lascia due figli, uno di questi accetta e l'altro rinunzia, la presenza dell'accettante esclude i figli del rinunziante; i figli del rinunziante cioè non possono accettare l'eredità per rappresentazione. Questa è l'unica applicazione che ancora rimane del vecchio principio che non si può rappresentare una persona vivente.

Quindi quella che è formulata come regola nell'Art°. 734, cioè che non si rappresentano le persone viventi, non è che eccezione: dal momento che si può rappresentare l'assente, e si può rappresentare

l'indegno, non resta che il solo caso della rinunzia, in cui "non datur viventis repraesentatio. –„ Cosicchè per noi, tanto vale dire « non si rappresenta il vivente » come è detto nell'Art° 734 quando « non si rappresenta il rinunziante » come è detto poi nell'Art° 947. –

Perciò molti fanno voti che anche questo caso venga eliminato e si ammetta anche la rappresentazione del rinunziante; perchè, si dice, se il concetto informatore della disposizione di legge è quello di favorire la stirpe e di considerarla come un organismo a sè, in tutti i casi in cui l'autore non acquista l'eredità è giusto sia chiamata a succedere la stirpe, come questa viene chiamata nel caso dell'indegnità, e nel caso dell'assenza così deve chiamarsi nel caso del rinunziante; perchè il fatto del rinunziante non deve nuocere alla sua prole, come non nuoce alla prole l'indegnità del suo autore. –

Un'altra ragione per cui si critica la disposizione per cui non è ammessa la rappresentazione in favore dei figli del rinunziante si rileva dall'Art° 945 che dice: "Chi rinunzia all'eredità è considerato come se mai vi fosse chiamato. –

Ora, se, come dice la legge, il rinunziante è considerato come se non fosse stato mai chiamato, questo caso è da equiparare a quello della premorienza, e quindi bisogna ammettere il diritto di rappresentazione. –

Un'altra regola che bisogna tener presente, sebbe-

ne il Codice non la contempli; è che per succedere per rappresentazione è necessario avere per rispetto al *de cujus* tutti i requisiti di capacità, voluti dalla legge. Quindi una persona che vuole rappresentare un'altra persona premorta, assente, o indegna deve essere capace di succedere non già rispetto al rappresentato ma rispetto al *de cujus*, cioè non solo deve esistere al momento in cui si apre la successione, ma non deve essere indegno, cosicchè se il rappresentante è un indegno rispetto al *de cujus* egli non può succedere e ciò in base al principio che la successione per rappresentazione è successione in nome proprio, per diritto proprio e quindi si deve regolare come ogni altra specie di successione.

E questa è la differenza saliente che corre tra rappresentazione e trasmissione: nella trasmissione la capacità dell'erede che succede per trasmissione si deve commisurare non già rispetto al *de cujus* ma in rapporto al trasmittente; invece nella rappresentazione la capacità dell'erede che succede per rappresentazione bisogna commisurarla non già in rapporto al rappresentato, ma rispetto alla persona cui si succede per rappresentazione. Così possono avvenire questi fatti che a prima vista sembrano strani, che cioè una persona rispetto al rappresentato sia indegno, incapace, o abbia rinunziato alla sua eredità, e purnondimeno possa occupare il suo posto e succedere per rappresentazio-

ne, se è capace, se non è indegno verso il *de cujus*

Facciamo un esempio: Tizio morendo lasciò un figlio e un pronipote per parte di questo figlio; il figlio è premorto, il figlio del figlio cioè il nipote è anche premorto; il pronipote esiste al tempo in cui si apre la successione, quindi egli può succedere per rappresentazione; ma questo pronipote, se noi lo guardiamo nei rapporti con l'avo, cioè del rappresentato, ossia della persona nel cui posto sottentra, sarebbe incapace perchè al tempo in cui morì l'avo, non era ancora nato. Quindi benissimo è possibile il caso che una persona sia incapace rispetto al rappresentato e che purnondimeno prende il posto del rappresentato perchè egli è capace rispetto al *de cujus*.

Facciamo un altro caso: una persona morendo lascia un figlio e un nipote da altro figlio premorto. Questo nipote ha commesso contro il padre uno di quegli atti che per legge produce indegnità, per cui egli non ha potuto acquistare l'eredità paterna. Ciò nondimeno egli può prendere il posto del proprio padre e succedere per rappresentazione al *de cujus*.—

Una persona morendo ha lasciato un figlio e un nipote; il quale ha rinunziato all'eredità paterna, perchè, poniamo, troppo oberata di debiti. Può il figlio sottentrare al posto del padre alla cui eredità ha rinunziato e succedere all'avo per diritto di rappresentazione? Si, perchè la sua rinunzia

all'eredità paterna non implica rinunzia al diritto di succedere all'avo perchè questo non è un diritto che fa parte del contenuto dell'eredità paterna, a cui si è rinunziato, ma è un diritto proprio della persona che succede per rappresentazione. — E questo caso la legge lo ha espressamente contemplato all'Art.° 735 che dice: « *Si può rappresentare la persona alla cui successione si è rinunziato* ». —

Infine è da aggiungere che, quando tutte le condizioni volute dalla legge concorrano, si può rappresentare non solo l'autore immediato, ma anche l'autore mediato; cioè non solo il figlio può rappresentare il padre (figlio o fratello del defunto) ma il nipote l'avo, il pronipote il bisavo (che sia naturalmente figlio o fratello del defunto). - In questi casi però deve ricordarsi la regola « *non datur repraesentatio per saltum et omisso medio* » cioè le varie persone che intercedono tra chi vuole succedere per rappresentazione, e colui nel cui posto si vuol sottentrare devono essere tutte rappresentabili. In altre parole, nessuna di esse dev'essere rinunziante; perchè per diritto nostro solo il rinunziante non può essere rappresentato. Nel diritto antico però quella massima aveva più largo campo d'applicazione, perchè corrispondeva all'altra « *viventis non datur repraesentatio*. » — Onde se nella serie di più autori da rappresentare qualcuno fosse vivo, ancorchè non rinunziante, la rappresentazione non poteva aver luogo.

perchè si sarebbe saltata una persona nel cui posto non si poteva entrare, per poi risalire all'altra di grado più remoto. —

---

## §. 14. I vari casi di rappresentazione. —

Dopo di aver parlato delle regole generali che informano l'istituto della rappresentazione, esaminiamo i casi in cui la rappresentazione è ammessa, poichè c'è la possibilità di varie combinazioni. Queste sono indicate nell'Art.° 730 per la rappresentazione in favore dei discendenti del figlio, e nell'Art.° 732 per la rappresentazione in favore dei discendenti del fratello e della sorella.

L'Art.° 732 dice: _La rappresentazione nella linea retta ha luogo in infinito e in tutti i casi._ —

Che vuol dire prima di tutto la parola infinito? Vuol dire che la legge non pone alcun limite al grado dei discendenti. Si comprende per la natura delle cose che ciò che la legge chiama _infinito_ ha un limite, perocchè la vita umana è limitata.

Quindi la parola _infinito_ usata dalla legge iperbolicamente meglio si traduce in _indefinito_, per significare che la legge non ha posto alcun limite al grado dei discendenti.

Il Codice poi enumera i vari casi in cui è am-

messa la rappresentazione e che sono:

1) I figli del defunto concorrono coi discendenti di altro figlio premorto.

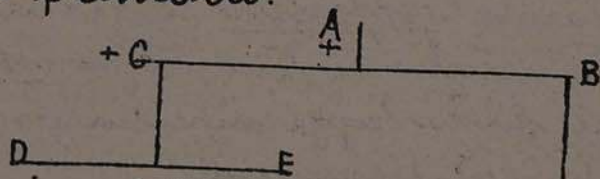
2) Tutti i figli del defunto sono premorti e i discendenti di detti figli sono tutti di grado uguale, cioè o tutti nipoti, o tutti pronipoti del defunto.—

3) Nella stessa ipotesi che tutti i figli siano premorti, sopravvivano discendenti di costoro, ma in grado disuguale; alcuni sono nipoti altri pronipoti del defunto.—

4) E finalmente, se i membri d'ogni stirpe sono di grado uguale, possono essere di numero uguale o disuguale.

Cioè tutti i discendenti sopravviventi sono nipoti (grado uguale): possono essere di numero uguale, cioè ogni stirpe è formata da due persone; e di un numero disuguale se una stirpe è formata di due, e un'altra, poniamo di quattro.

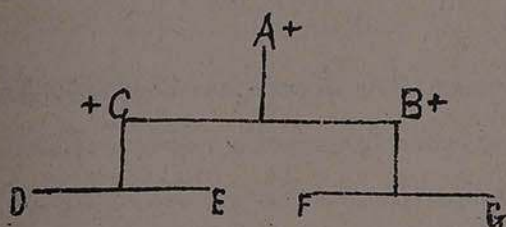
In tutti questi casi vi è rappresentazione.—

Spieghiamo graficamente, per meglio chiarire quest'articolo, i vari casi di rappresentazione e cominciamo dal primo caso fatto dalla legge e ch'è il più semplice, cioè il caso in cui i figli del defunto concorrono con i discendenti di altro figlio premorto.


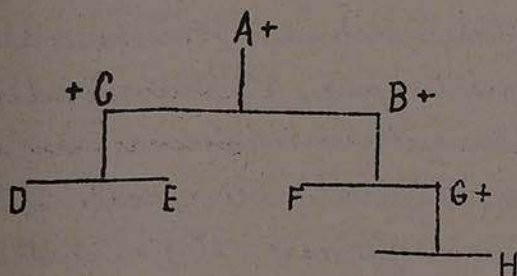

A, <u>de cujus</u> al tempo della sua morte lascia il

figlio vivente B e i nipoti D E figli del figlio premorto C; quindi avviene che con B, figlio di A, concorrono D ed E, figli di C, premorto. Ecco il primo caso, in cui come si vede, la rappresentazione ha l'effetto di equiparare D ed E che sono rispetto al <u>de cuius</u> parenti in 2°. grado, B che è parente in 1°. grado, dimodochè D ed E si considerano come se fossero di 1°. grado, perchè prendono il posto di C.—

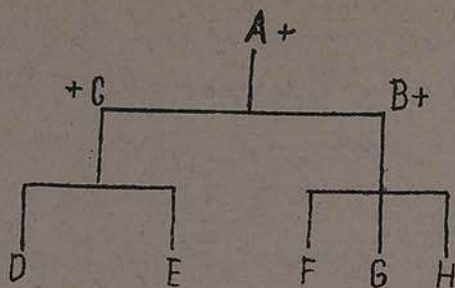
<u>2°. Caso</u>

A+
+C B+
D E F G

I figli di A, C e B sono premorti.
Chi succederà per rappresentazione? D, E, F, G - Essi sono tutti figli dei figli premorti e sono perciò di grado uguale rispetto ad A, e sono tutti di numero eguale; perchè in ciascuna stirpe si trovano due persone.

<u>3°. Caso</u>

A+
+C B+
D E F G+
H

È morto A; ad A sono premorti C e B ed è premorto anche il nipote G, che ha un figlio H. Sicchè al tempo della morte di A si trovano D, E, F, nipoti ed H pronipote: D ed E prendono il posto di C; F ed H prendono il posto di B ora D, E, F ed H sono in grado disuguale, perchè D, E,

F sono in rapporto ad A in 2°. grado, H in 3°. grado.

4°. Caso

In questo caso i figli di B premorto cioè i nipoti di A sono tre: F. G. H, mentre i figli del premorto C, sono due D ed E.

In tutti questi casi v'ha rappresentazione e la divisione del patrimonio ereditario si fa per stirpi, senza badare se tutte le persone componenti la stirpe siano di numero eguale in ciascuna stirpe, o di grado uguale o disuguale di parentela.

E ciò perchè in tutti i casi è sempre il posto del prossimo chiamato all'eredità quello che vien preso da' suoi discendenti immediati o mediati.

Ciò che la legge ha detto per l'ipotesi dei discendenti del figlio, vale anche nel caso dei discendenti dei fratelli e sorelle premorti: cioè, 1°) i discendenti del fratello e della sorella premorti concorrono nella successione insieme con i fratelli o le sorelle del defunto, ancora viventi, essia cogli zii; 2°.) se tutti i fratelli o sorelle del defunto siano premorti i discendenti di questi succedono egualmente per rappresentazione, o che siano tra loro, in grado eguale, o in grado disuguale e 4°.) finalmente, quantunque di grado uguale, siano di numero uguale o disuguale.

E a questi casi si riferisce l'Art°. 732 che dice: *Nella linea collaterale la rappresentazione è ammessa in favore dei figli e discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto sia che essi concorrono alla successione coi loro zii o zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto la successione sia devoluta ai loro discendenti in gradi eguali ed ineguali.* —

Manca soltanto in questa disposizione il caso accennato nell'articolo 730 della disuguaglianza del numero dei discendenti dei figli premorti. Ma nonostante che il legislatore abbia taciuto, questo caso non deve escludersi, dato il concetto unico della rappresentazione.

Se questa è possibile anche quando v'è parità di grado e vi sia uguaglianza o disuguaglianza di numero, come nell'ipotesi di discendenti dei figli, sarà anche possibile in quella dei discendenti dei fratelli e sorelle, non essendovi alcuna ragione in contrario.

Enunciando espressamente i vari casi di rappresentazione, il nostro legislatore ha eliminate alcune questioni. Una era, se essendo premorti tutti i figli del *de cujus* i discendenti di grado più prossimo escludessero quelli di grado più remoto: e il codice l'ha risoluto nel senso che non bisogna tener conto della disuguaglianza di grado. —

Un'altra sorgeva nel caso in cui ci fossero discendenti di uguale grado, per cui sorse disputa tra Azone ed Accursio.

Azone sosteneva che non vi fosse rappresentazione, perchè avendo questa per iscopo di far prendere ad una persona un posto che non le spetterebbe, cioè di far sì che un parente di grado più remoto, sia considerato come il parente di grado più prossimo: questo scopo manca nell'ipotesi che tutti i discendenti siano di grado uguale.

Quindi ne deduceva che i nipoti del defunto qualora non concorressero con figli viventi del defunto stesso (o con sorelle e fratelli viventi) succedessero per diritto proprio e non per diritto di rappresentazione.

Accursio, invece, sosteneva il contrario e la sua opinione è stata seguita dal nostro Codice.

Però alcuni giureconsulti pur ammettendo la rappresentazione nel caso che i vari discendenti fossero di pari grado, distinsero se in una stirpe vi fosse un numero di persone uguale o disuguale dell'altra stirpe; quando nelle varie stirpe vi fosse parità di grado e disuguaglianza di numero, ammisero la rappresentazione, perchè così si consegue l'effetto di dividere l'eredità in parti uguali; non quando oltre l'uguaglianza di grado vi fosse anche l'uguaglianza di numero tra le varie stirpe, perchè in questo caso l'uguaglianza delle quote deriva da sè, senza bisogno di ricorrere a nessuno

espediente.

Se per esempio B e C premorti ad A abbiano lasciato B. 4 figli, C due figli; ai figli di B toccherà 1/4 ciascuno della metà; mentre ai figli di C toccherà metà ciascuno della metà; ammettendo la rappresentazione; mentre conseguenza della successione *jure proprio* sarebbe che l'eredità lasciata da A non si dovesse dividere in due parti ma in tante parti quanti sono gli eredi, e nel caso nostro in 6 parti; onde a ciascuno toccherebbe 1/6. Invece quando i diversi discendenti delle varie stirpi non solo si trovano in ugual grado, tutti " nipoti, tutti " pronipoti, ma anche in egual numero, come se 2 siano i figli di B che di C premorti ad A, essi avranno sempre 1/4 dell'eredità per ciascuno, o che la divisione si faccia per capi o si faccia per stirpi; cosicchè l'istituto della rappresentazione sembra che in questo caso non trovi applicazione. —

Nondimeno il nostro codice ha stabilito che anche in questo caso, sebbene non si scorga a prima vista lo scopo, la rappresentazione deve aver luogo.

Da tutto ciò si scorge come è forza ammettere essere svariati gli scopi pratici dell'istituto della rappresentazione, secondo la mente del legislatore, e non potersi limitare solo a quello di far risalire un parente di grado più remoto a un grado anteriore e più prossimo, o quello di ottenere l'eguaglianza della divisione tra le stirpi senza considerazione del numero degli individui che le compongono:

perchè anche quando non v'è bisogno di conseguire questo scopo, l'istituto della rappresentazione funziona egualmente. Dunque altri scopi possono esservi.

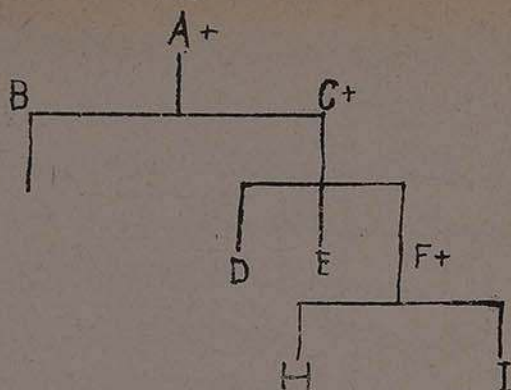
Supponiamo che una persona A morendo lasci quattro nipoti D, E, F e G. figli di due figli B e C premorti, quindi che ci sia uguaglianza di grado e uguaglianza di numero in ciascuna stirpe. L'asse ereditario si divide in due parti cioè metà per stirpe. Ma che cosa avviene nel caso che uno della stirpe rinunzii? Il nipote D ammettiamo rinunzia: la quota del rinunziante a chi va? Se tutti succedessero per diritto proprio, la quota del rinunziante dovrebbe andare agli altri tre nipoti rimanenti E. F. G, perchè è principio di legge che la quota del rinunziante nella successione legittima si accresce in favore dei coeredi, cioè di quelli cui la presenza del rinunziante avrebbe portato danno, ossia diminuzione del patrimonio (Art.° 946). — Invece, se si ritiene che D ed E succedono per rappresentazione di B premorto, la porzione mancante di D gioverà soltanto ad E che appartiene alla stirpe a favore della quale opera la rappresentazione. Ecco dunque come in quel caso di uguaglianza di grado e di numero tra discendenti delle varie stirpi, la rappresentazione può avere uno scopo pratico diverso da quello che ha nelle altre ipotesi

## §. 15. — Effetto generale della rappresentazione.

L'effetto della rappresentazione generale e comune a tutti i casi è quello della divisione dell'asse ereditario per stirpi. Sul riguardo l'Art° 733 dice: "In tutti i casi nei quali la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per stirpe. Se uno stipite ha prodotto più rami, la suddivisione si fa per stirpe anche in ciascun ramo e fra i membri del medesimo ramo la divisione si fa per capi".

Cioè nella divisione non si fanno tante parti quanti sono gli individui che succedono, ma tante parti quante erano gli autori delle varie stirpi; in altri termini, la stirpe, la prole, la discendenza di una persona è considerata come un tutto organico, come una sola persona. —

C. per es. ha procreato cinque figli; ma nella successione essi contano per 1 e non per cinque: B ha potuto procrearne 10 figli; ma nella successione per rappresentazione si contano sempre per 1; ecco che significa divisione per stirpe, in contrapposto della divisione per capi che si ha quando si succede per dritto proprio, cioè per ragione diretta, immediata in primo luogo.

Spieghiamo ora con un caso pratico il secondo capoverso dell'Art° 733, il quale non è altro che applicazione del principio della divisione per stirpe.

A, è morto lasciando B figlio, D ed E nipoti, i figli di C, figlio premorto, ed H ed I pronipoti figli di F, nipote premorto. Qui abbiamo una stirpe che ha prodotto più rami, come si fa la divisione dell'eredità? Si fa sempre per stirpi, cioè tutto l'asse ereditario si divide in due parti, quanti sono gli autori delle stirpi B e C; B prende la sua metà; C se fosse vissuto, avrebbe avuto la sua metà, invece è premorto e la sua metà va in favore di D ed E e F, ma siccome F è morto, la sua quota va ad H e I ciascuno dei quali prenderà una metà di quella quota.

Insomma, dividendo tutta l'eredità, come facevano i Romani in $12/12$ avremo che $6/12$ spettano a B, e degli altri $\frac{6}{12}$ che sarebbero spettati a C se fosse sopravvissuto $\frac{4}{12}$ spettavano a D ed E (cioè $\frac{2}{12}$ per ciascuno) e $\frac{2}{12}$ ad H e I, (cioè $\frac{1}{12}$ per ciascuno.

Dal momento che la rappresentazione ha per scopo di considerare la stirpe come un tutto unico, di metterla al posto del suo autore e quindi di fare operare la divisione per stirpe, cioè fare tante parti quanti sono gli autori della stirpe, ne discende la conseguenza naturale, cioè che quelli i quali

succedono per rappresentazione non possono aver niente più di quanto avrebbe avuto il rappresentato, cioè il loro autore. La legge ha applicato questo concetto nell'Artº 1005 che dice: "Il discendente che succede per ragione propria al donante non è tenuto a conferire le cose donate al suo ascendente, ancorchè ne avesse accettata l'eredità. Ma se egli succede per diritto di rappresentazione deve conferire ciò che fu donato all'ascendente, anche nel caso in cui ne avesse rinunziata la eredità."

Facciamo un esempio A ha due figli B e C e fa in vita a B una donazione di 5000 lire B donatario, se si trovasse in vita al tempo della morte del donante, per legge dovrebbe conferire le 5000 lire avute in donazione all'altro fratello C.

Ma egli è premorto, e in suo luogo per diritto di rappresentazione succedono i figli X e Y: Costoro che cosa devono avere dell'Asse ereditario; devono avere la metà, intatta, o detrattane la metà di lire 5000 che dovevano esser messe in collazione, e quindi giovare tanto all'uno che all'altro de' due figliuoli? Devono avere la metà meno le 2500 lire, metà delle 5000 donate al loro genitore, poichè se questi fosse sopravvissuto, avendo l'obbligo della collazione, avrebbe ricevuto appunto la metà dell'asse lasciato, meno la metà della somma avuta in donazione. Per es.: il patrimonio lasciato è di 15000 lire; se non vi fosse obbligo di collazione X e Y avrebbero £7500; invece dovendo mettere in collazione li-

re 5000, queste vanno divise in due parti: 2500 andranno in favore di B; le altre 2500 in favore di X e Y: ma siccome il loro autore ha già avuto 5000 lire, essi dovranno detrarre dalla loro quota ossia imputare £ 2500, perchè D possa fruire delle altre 2500. Sicchè invece di lire 7500 avranno lire 5000.

E notate che questa collazione il discendente che succede per rappresentazione deve farla anche nel caso che egli abbia rinunziato alla successione della persona che rappresenta. L'applicazione dello stesso concetto si ha in un altro caso, quello della così detta imputazione <u>ex se</u>. In che consiste? Quando un legittimario, cioè una persona cui la legge riserva una quota d'eredità, pretende di far ridurre la donazione fatta ad altri, perchè questa donazione è lesiva della sua legittima, la legge dice che egli deve prima imputare ciò che ha avuto lui stesso per donazione (Art°. 1026). —

Ora si fa questo caso: Un padre vita durante ha fatto una donazione a uno dei due suoi figli, e ha istituito l'altro erede della disponibile: il donatario come legittimario ha diritto alla metà della metà cioè $\frac{1}{4}$ del patrimonio, data la nostra ipotesi. Se egli è vivente e non trova integro il quarto che gli spetta, può chiedere la riduzione della liberalità fatte dal defunto, solo dopo imputata la donazione, ove con tutto ciò il quarto non rimanga salvo.

Poniamo invece che al tempo della morte del padre donante, il figlio donatario si trovi morto; alla riserva chi ha dritto? Ha dritto la prole, la stirpe del figlio premorto: ora i figli del figlio premorto che pretendono la legittima loro spettante, se non trovano nell'asse ereditario salva la metà della metà, cioè il quarto che sarebbe spettato al padre legittimario, possono senz'altro pretendere la riduzione delle liberalità per avere integra la quota di riserva? No, sebbene la legge non dica nulla in proposito; poichè, siccome sottentrano nello stesso posto del loro autore, come hanno gli stessi dritti hanno gli stessi obblighi. Se fosse vissuto il loro padre egli per pretendere la sua quota di legittima integra, avrebbe dovuto prima imputare ciò che ricevette dal donante: dunque anche i figli ancorchè niente abbiano ricevuto personalmente, pure devono imputare ciò che il loro padre ha ricevuto. E questa è una conseguenza del principio che la rappresentazione ha per iscopo di attribuire al rappresentante gli stessi diritti e quindi gli stessi obblighi del rappresentato.

---

## §. 16. Se vi sia rappresentazione nel caso di unicità di stirpe.

Ora passiamo ad esaminare la grave quistione che consiste nell'indagare se quando vi sia unica stirpe, si abbia successione per rappresentazione o successione per diritto proprio.

Ad A che è morto, è premorto l'unico figlio B, il

quale ha lasciato i figli C e D: costoro come succedono, per ragione propria o per rappresentazione? A prima vista pare che sia indifferente sapere se C e D succedono per dritto proprio o per dritto di rappresentazione, perchè tanto se succedono per dritto proprio, quanto se succedono per dritto di rappresentazione, non essendoci concorso con altre stirpi nè con figli di primo grado del defunto, le conseguenze sono sempre le stesse: l'asse risulta sempre diviso in tante parti uguali quante sono le persone.

Invece v'è qualche caso in cui la quistione è importante, perchè sorgono conseguenze diverse, secondo che si accolga questa o quella risoluzione; ed è quando occorre sapere se i discendenti mediati del defunto abbiano o no l'obbligo di imputare la donazione fatta da costui al loro autore immediato, per l'applicazione dell'art. 1026 cod. civ. —

È morto un padre di famiglia il quale ha disposto in favore di estranei, o mediante legati, o mediante donazione l'unico figlio, a cui pur fece una donazione è premorto; i discendenti di questo unico figlio premorto, vedendo che il testatore ha ecceduto la disponibile con le donazioni pretendono la riduzione. Ora possono pretenderla senz'altro, o debbono prima imputare ciò che il loro autore ebbe in donazione?

Se questi legittimari succedono _jure proprio_, essi nulla dovranno imputare, perchè nulla ricevettero in donazione, se invece succedono _jure repraes_

<u>sentationis</u>, debbono imputare nella quota legittima tutto quello che il loro padre ha ricevuto a titolo di donazione. Ecco come sebbene nella maggior parte dei casi la quistione sia inutile, diventi importante, quando si tratti di applicare l'Art.º 1026 concernente l'obbligo dell'imputazione. E questo è il caso che si è presentato nella giurisprudenza.

Ora due sono le opinioni sul proposito.

Alcuni, come il Polacco e il Gabba, credono che quando c'è unicità di stirpe non si può parlare di dritto di rappresentazione; altri, e sono la maggioranza, (ed anche la giurisprudenza è in questo senso), dicono che anche quando vi è unicità di stirpe si deve parlare di rappresentazione. Vediamo brevemente gli argomenti. Quelli che dicono che quando c'è unicità di stirpe non si può parlare di dritto di rappresentazione, partono dal concetto che la rappresentazione è una finzione di legge e come tale si deve ammettere solo in quei casi in cui è necessaria. Ora, si dice, da costoro, nel caso che vi sia unicità di stirpe, questa finzione non è necessaria, come quando si tratta di fare risalire il parente di grado più remoto al posto del parente di grado più prossimo, o quando vi sia disuguaglianza di numero fra le varie stirpi e si vuole equiparare la loro sorte per non danneggiare una a vantaggio di un'altra, a causa del numero disuguale dei componenti. –

E, ancora, dicono, nel Codice nostro non si avverte la necessità di ricorrere alla rappresentazione;

se v'è unicità di stirpe, nemmeno nel caso in cui tale necessità si presentava nel Dir. romano, cioè il caso della determinazione della quota di legittima.

La quota legittima per Diritto Romano era determinata in misura diversa, secondo il numero dei figli: quindi sorgeva l'interesse di vedere se quando l'unico figlio era premorto, i suoi discendenti succedevano per rappresentazione o per diritto proprio, perchè se succedevano per rappresentazione la quota legittima era sempre quella, se invece succedevano per diritto proprio siccome il numero di essi era maggiore del numero dei figli premorti la quota legittima doveva essere aumentata.

Ora anche i Romanisti si trovarono impacciati in questa quistione.

Oggi pare che la maggioranza ritenga che non vi sia dritto di rappresentazione; che cioè la quota legittima debba aumentare appunto perchè aumenta il numero dei discendenti. Quindi si conchiude che mancando i precedenti storici; e mancando le ragioni perchè si faccia luogo a rappresentazione, questa non è da ammettere in caso di unicità di stirpe. Infine a sostegno di quest'opinione traggono argomento anche dall'Art. 728 del nostro Codice che, secondo loro, non si può capire ammettendo la rappresentazione nel caso di unicità di stirpe.

Quest'articolo dice: "<u>L'indegnità del genitore od ascendente non nuoce a' suoi figli o</u>

<u>discendenti sia che succedano per ragioni proprie sia che succedano per rappresentazione</u>.

Ora si domanda, qual'è il caso in cui il discendente dell'indegno può succedere per diritto proprio? È appunto il caso in cui l'indegno sia unico figlio del <u>de cujus</u>. Ammettendo questa ipotesi si capisce subito l'art.° 728 cioè che i figli dell'indegno succedono per rappresentazione quando vi sono altre stirpi; quando invece il <u>de cujus</u> non ha che un unico figlio, e questo è indegno, i discendenti di esso succedono all'avo come per diritto proprio.

Quindi deriva la conseguenza che nel caso di unicità di stirpe non si può parlare di rappresentazione: altrimenti quando mai i figli dell'indegno succederebbero per diritto proprio?

Questi sono gli argomenti principali. Noi rispondiamo: anzitutto è inesatto partire dal concetto che la rappresentazione sia una finzione di legge. Abbiamo detto che non è tale perchè la legge non finge niente. La legge ha considerato la stirpe come formata d'un tutto organico ed ha esteso la regola della successione che si riferiva all'autore della stirpe alla stirpe stessa: quindi non si può dire nemmeno che essa abbia fatto eccezione al principio: il più prossimo esclude il più remoto; ma si può dire con maggiore esattezza che invece vi sia estensione di questo principio, in quanto questo viene applicato non solo agli individui, ma anche alla stirpe, considerata come

come un tutto organico. Quindi quando la legge ha detto che si ha successione per rappresentazione, quando i parenti di grado più remoto occupano il posto dei parenti di grado più prossimo, non ha fatto altro che dire: "io considero la stirpe come un tutto unico col suo autore, quindi non faccio eccezione alla regola; il più prossimo esclude il più remoto, ma estendo questa regola al complesso degli individui che formano la stirpe.

È arbitrario volere ammettere che scopo della rappresentazione è solo quello di far passare un parente di grado più remoto al posto del parente di grado più prossimo, e di dividere egualmente l'eredità tra le varie stirpi composte di un numero diseguale di persone. Non sono questi i soli scopi della rappresentazione, perchè, come abbiamo visto, se così fosse, non si capirebbe, perchè mai si deve ammettere diritto di rappresentazione anche quando vi sono delle persone di grado uguale e in ciascuna stirpe vi sia uguaglianza di numero; perchè in questi casi non c'è bisogno di far risalire le persone di grado più remoto al posto di quelle di grado più prossimo, e non c'è bisogno di fare ripartire equamente l'asse ereditario tra le varie stirpe. Quindi è inesatto dire che quando non si trovino quegli scopi, non c'è rappresentazione.

La legge poi mostra colla dicitura nell'Art.º 730 che la rappresentazione avviene in tutti i casi, e che non è stata ristrettiva come le legislazioni precedenti che hanno limitato questi casi. Quindi è evidente la tendenza del nostro legislatore a generalizzare il

principio della rappresentazione anzichè a restringer=lo. Oltre queste ragioni di ordine teorico ci sono argo=menti tratti dagli articoli della legge, e anzitutto dal l'articolo 730 il quale a differenza del Codice France=se ammette la rappresentazione anche nel caso in cui oltre ad essere di eguale grado i discendenti siano di egual numero, cosa che il Codice Francese non dice.

Ed è questo un caso in cui si è dubitato nella giurisprudenza francese in base a questa osservazio=ne: giacchè il Codice ha contemplato alcuni casi e fra essi non c'è questo in cui non ricorre il bisogno di far risalire il parente di grado più remoto al posto del parente di grado più prossimo, non deve in esso ammettersi la rappresentazione. Ecco una prima dif=ferenza col Codice Francese.

Un'altra differenza si riscontra nell'art° 736 il quale di=ce che si ha successioni per capi quando tutti sono in <u>primo grado</u>, per stirpi quando tutti od alcuni succe=dono per rappresentazione. Il Codice Francese nell'ar=t°. 745 invece dice che essi succedono per capi quando tutti sono in 1°. grado chiamati per <u>dritto proprio</u>, per stirpe quando succedono per rappresentazione.

Ora mentre gli interpreti del Codice Francese a=vrebbero voluto che fossero cancellate le parole "<u>di primo grado</u>" e conservate solo quelle "per <u>dritto pro=prio</u>" perchè non è necessario essere discendenti di primo grado per aver dritto alla divisione per ca=po, come appunto seguir dovrebbe a loro parere nel ca=so di unicità di stirpe; invece il nostro codice ha sop=

presso appunto quelle parole che si volevano conservate, e mantenute quelle che si volevano eliminate.

Ed ha così dimostrato indirettamente di voler seguire un'opinione opposta a quella che ispirò la critica degli autori francesi.

Un altro argomento ce lo dà l'articolo 947 che dice: « Nessuno succede rappresentando un erede che abbia rinunziato: se il rinunziante è il solo erede nel suo grado, o se tutti gli eredi rinunziano, sottentrano i figli per dritto proprio o succedono per capi: Qui che dice la legge? che si succede per dritto proprio al rinunziante anche se sia il solo chiamato; quindi argomentando in contrario se si abbia un solo chiamato di primo grado, ma non rinunziante non si succede per dritto proprio ma per dritto di rappresentazione. Sicchè qualora non si riscontrano questi requisiti, cioè che vi sia un primo chiamato e che questi sia rinunziante, la successione non è per dritto proprio, è per rappresentazione; la successione per diritto proprio si ha solo quando vi sia rinunzia; se la rinunzia manca ancorchè vi sia unità di stirpe c'è rappresentazione.

Ma come si spiega l'Art. 728 in cui si dice che l'indegnità dell'ascendente non nuoce ai figli e discendenti sia che succedono per dritto proprio sia che succedano per rappresentazione? È possibile qualche ipotesi in cui si applica questo articolo senza ricorrere al concetto che l'unicità della stirpe non importa rappresentazione? Sì, è un caso non comune, ma possibile. A muore lasciando l'unico figlio B il quale è indegno. Questo

figlio B ha un figlio C il quale rinunzia, questo figlio C, rinunziante ha due figli D ed E: D ed E come succedono ad A? Succedono per diritto proprio o per rappresentazione? Evidentemente succedono per dritto proprio perchè tra il de cujus e loro esiste il rinunziante, e come sappiamo non è ammessa la rappresentazione quando esiste un rinunziante nelle serie dei vari successibili. Dunque è evidente che a loro non nuoce la indegnità del loro autore mediato.

Ecco quindi come l'articolo della legge in cui si dice che la indegnità degli ascendenti non nuoce ai discendenti sia che succedano per dritto proprio sia che succedano per rappresentazione, può trovare applicazione in qualche ipotesi. Quindi la legge non è di ostacolo ad ammettere il dritto di rappresentazione qualora vi sia unicità di stirpe, anzi è, come abbiamo visto, favorevole.

## B) La successione dei parenti legittimi.

### §. 17. 1) La successione dei figli legittimi, legittimati, adottivi e loro discendenti

Dopo avere esposto le regole generali intorno alla successione legittima, passiamo a trattare i vari casi di questa successione. Come dicemmo i succedibili si dividono in 4 classi: parenti legittimi; parenti naturali; coniugi superstite, e Stato.
Cominciamo a studiare la prima classe costituita dai parenti legittimi, e perchè questa si suddivia in tre ordini 1) discendenti; 2) ascendenti fratelli e sorelle; 3) tutti gli altri collaterali, cominciando dai discendenti. A chi chi muore succedono in primo luogo i figli legittimi, e i loro discendenti; senza tener conto nè del sesso, nè della priorità o posteriorità della nascita, nè dal matrimonio da cui derivano (art. 736). La nostra legge non distingue tra maschi e femmine, tra primogenito e secondogenito, tra figli di primo letto e figli di secondo letto. Tutte distinzioni che si facevano nel vecchio evo, e che ora sono meri ricordi storici. Che s'intende per figli legittimi? La

legge ha voluto determinare il significato di questa parola. Per figli legittimi s'intendono anche i legittimati, gli adottivi e i discendenti tanto dei legittimati che degli adottivi (art.° 737). Perciò se alcuno abbia solo figli adottivi, essi succedono in primo grado, e se per caso vi siano, come pure è possibile insieme cogli adottivi i figli legittimi. il che può accadere quando alcuno dopo aver fatto l'adozione abbia figli, anche i figli adottivi concorrono coi legittimi.

Intorno alla successione dei figli legittimi non c'è niente d'importante da rilevare, i figli legittimi succedono al padre ed alla madre e succedono per capi perchè sono chiamati direttamente dalla legge, in primo luogo; e i loro discendenti succedono per capi, se tutti i figli di primo grado sono rinunzianti, per istirpi se tutti od alcuno di quelli siano premorti, assenti o indegni, giusto le regole generali già esposte e ricordate dall'art.° 736 capoverso.

V'è invece qualche controversia rispetto ai figli legittimati. In due modi può aver luogo la legittimazione, per subsequens matrimonium, e per decretum principis. Quando c'è legittimazione per subsequens matrimonium, non c'è dubbio che i figli legittimati succedono in primo, siano essi soli, sia

no essi in concorso coi figli legittimi o con adotti=vi. Ma quando ha luogo la legittimazione per subsequens matrimonium? Quando non solo sia seguito il matrimonio, tra i genitori della prole naturale, ma quando inoltre vi sia stato il riconoscimento di questa prole naturale, fatto da entrambi i genitori precedentemente o contemporaneamente o consecutivamente al matrimonio (artº 197.). Ora poniamo che dall'unione illecita di due persone siano nate dei figli che uno solo dei genitori abbia riconosciuto come naturali, e che dopo intervenga il matrimonio tra i due genitori. Ancora non c'è legittimazione perchè un solo genitore ha fatto il riconoscimento. Ma supponiamo ancora che morto il genitore che ha riconosciuto, l'altro genitore faccia il riconoscimento dei figli naturali avuti prima del matrimonio. Si domanda, in questo caso i figli riconosciuti da uno dei genitori prima del matrimonio, e dall'altro dopo lo scioglimento del matrimonio, sono figli legittimati, quindi hanno dritto alla successione del genitore defunto? Ecco la quistione che si è presentata nella giurisprudenza e ch'è stata variamente risoluta; però la risoluzione è molto semplice; ed è che in questo caso non si ha legittimazione, nonostante che vi sia matrimonio e nonostante che vi sia riconoscimento. Perche? Perchè non basta che vi siano i due fatti matrimonio e riconoscimento isolatamente presi e considerati, ma è necessario che questi fatti s'incontrino, cioè che coesistono in qualche momento. Infatti la legge parlando della legit=

timazione quando determina il momento in cui questa ha effetto tiene sempre presente il criterio della coesistenza dei due fattori della legittimazione: matrimonio e riconoscimento, e solo dal momento in cui questi fattori coesistano, fa nascere l'effetto della legittimazione (art.° citato). Così se il riconoscimento sia anteriore al matrimonio da qual momento comincia l'effetto della legittimazione? Non dal concepimento, nè dalla nascita del figlio, e nemmeno dalla data del riconoscimento, ma dal momento del matrimonio; perchè al momento del matrimonio coesistono i due fattori, riconoscimento e matrimonio.

Se invece il riconoscimento è posteriore al matrimonio, da qual momento produce effetto la legittimazione? Non dal momento del matrimonio, ma da quello del riconoscimento, perchè questo è posteriore.

Quindi il criterio su cui si fonda la legge è che la legittimazione produce la sua efficacia quando coesistono i due fattori, matrimonio e riconoscimento, e dal giorno in cui si avvera tale coesistenza si ha il fatto giuridico della legittimazione la quale perciò solo da quel giorno produce i suoi effetti. Ora nella ipotesi da noi fatta che il riconoscimento di uno dei genitori si avveri non prima del matrimonio, nè durante questo, ma dopo che questo è sciolto per la morte dell'altro genitore, abbiamo sì i due fattori matrimonio e riconoscimento, ma non v'è alcun momento in cui essi siano coesistiti; perchè uno dei fattori, il riconoscimento ha avuto luogo proprio quando l'altro fattore, il matrimonio, non esisteva più.

Non essendo perciò seguita la coesistenza dei due fattori, manca il giorno da cui dovrebbe cominciare l'effetto della legittimazione, anzi manca il fatto stesso della legittimazione. Ecco quindi che avverandosi il caso configurato, i figli nonostante le contrarie apparenze, non sono legittimati ma semplicemente naturali, quindi potrebbero pretendere la successione solo in questa ultima qualità.

Un'altra quistione sorge nel caso di legittimazione per decretum principis.

Se il decreto reale della legittimazione si ottiene durante la vita del genitore che l'ha chiesta, non sorge alcuna difficoltà; il figlio legittimato per decretum principis è come il figlio legittimato per subsequens matrimonium; ha gli stessi diritti dei legittimi, e concorre con essi alla successione. Invece i casi che presentano difficoltà sono questi.

Alcuno espone il suo desiderio di legittimare il figlio per decretum principis nel testamento. Il testamento si apre dopo la morte del testatore e indi si fanno le pratiche opportune per ottenere la legittimazione per decretum principis il quale perciò vien emanato dopo la morte del genitore. Oppure può avvenire che una persona per atto pubblico abbia mostrato il desiderio di legittimare un figlio durante sua vita, e abbia iniziato la procedura necessaria per la legittimazione

ma le cose sono andate per le lunghe e prima che fosse emanato il decreto reale della legittimazione il genitore, viene a morire, sicchè il decreto è emesso dopo l'apertura della successione. Si domanda: il figlio così legittimato per <u>decretum principis</u> in un tempo posteriore alla morte del <u>de cujus</u>, ha diritto alla successione come i figli legittimi e i legittimati per <u>subsequens matrimonium</u>? Nò perchè l'art. 201 dice: <u>La legittimazione per decreto reale produce gli stessi effetti della legittimazione per susseguente matrimonio ma soltanto dal giorno dell'ottenuto decreto e riguardo al genitore che l'ha domandato</u>. Quindi applicando quest'articolo la conseguenza logica e naturale si è, che essendo la data del decreto reale posteriore alla morte del genitore, la legittimazione che ne segue non può avere l'effetto di attribuire al legittimato i diritti successorii che gli spetterebbero in tale qualità, perchè altrimenti il decreto produrrebbe effetto in un tempo anteriore alla sua data, com'è quello dell'apertura della successione. Pur nondimeno c'è stato il Pacifici-Mazzoni che ha voluto negare questa conseguenza per una ragione di ordine logico e che sarebbe strano che la legittimazione non conferisse il diritto più importante, qual'è quello di successione. La ragione storica è che l'art. 201 trova una corrispondenza nell'articolo 178 Codice Albertino il quale non si può riferi-

re che al solo caso in cui il decretum principii sia emanato durante la vita del genitore; giacchè in questo codice l'istituto della legittim. per dec. principis fu introdotta appunto per autorizzare i legittimati a raccogliere fidecommessi ed eredità. Tanto vero che il seguente articolo 179 in cui si contempla esclusivamente l'ipotesi di legittimazione domandata post-mortem, non si dice già che gli effetti della legittimazione s'avverano dal giorno del decreto, ma che saranno regolati dalle clausole del sovrano rescritto. Quindi tenendo conto della storia dell'artº. 201 del nostro codice bisogna dire che nonostante la generalità delle parole ivi adoperate, esso non si applica al caso del decreto reale emanato dopo la morte del genitore. Ma a queste osservazioni si risponde: che così si dimentica come nel nostro Codice manchi un articolo corrispondente al 179 del Codice Albertino, e che, come questo, venga a limitare non solo il significato dell'articolo 201 corrispondente al 178 di quel Codice, ma anche a dirci chiaramente che nel caso di decreto reale posteriore alla morte, ci può essere diritto di successione, perchè tutto dipende dal tenore delle clausole del decreto. Il nostro codice pur avendo a modello l'Albertino, non distinse le due ipotesi, ma le conglobò in un solo articolo, dicendo che il decreto reale produce il suo effetto dal giorno della sua emanazione, senza aggiungere che il re può prendere quelle decisioni che crede opportune agli effetti della

legittimazione *post mortem*. Quindi, dacchè il nostro Codice differisce dal Codice Albertino, ne segue che se il decreto reale è pronunziato dopo la morte del genitore che ha dichiarato di volere legittimare il figlio, la legittimazione non produce gli effetti della successione. Il figlio così legittimato per *decretum principis* sarà legittimato per tutti gli altri effetti, non già per quello della successione, nella quale egli dovrà essere considerato come semplice figlio naturale.

La legge dice nell'art° 737 che tra i discendenti sono compresi non solo i legittimi, ma anche i legittimati e gli adottivi, però aggiunge che i figli adottivi, però aggiunge che i figli adottivi avranno diritto alla successione verso l'adottante, non già verso le altre persone della famiglia dell'adottante. E ciò si capisce. —

L'adozione non è che un vincolo civile circoscritto fra l'adottante e l'adottato.

Quindi se l'adottato à diritto alla successione dell'adottante, non ha diritto alla successione degli altri parenti dell'adottante, ascendenti, discendenti legittimi coniuge dell'adottante; perchè con queste altre persone egli non ha nessun vincolo di parentela neppure civile. Inoltre nello istesso articolo la legge dichiara che sotto il nome di figli legittimi si comprendono non solo i legittimi e i legittimati, gli adottivi; ma anche i discendenti dei legittimi, i discendenti dei legittimati; i discendenti dei figli adottivi.

Se il figlio adottivo premuore, oppure rinunzia alla successione dell'adottante chi deve succedere? Succederanno i figli di questo figlio adottivo per rappresentazione, se il padre è premorto, assente, o indegno; succederanno per dritto proprio, se il padre abbia rinunziato e non vi siano figli legittimi del defunto. Ma quando si parla di discendenti di figli adottivi è naturale pensare che la legge s'intenda riferire ai veri e propri figli dell'adottato, non già ai figli adottivi di costui. Supponiamo che alcuno abbia preso in adozione una persona, e questa a sua volta non avendo figli, abbia adottato una terza. Se il figlio adottivo premuore alla successione dell'adottante non può venire al suo posto il di lui figlio adottivo, perchè tra questo ed il primo adottante non c'è rapporto alcuno. Così la legge nostra dichiarando che sotto la parola «*figli legittimi*» si comprendono gli adottivi e i loro discendenti; ed aggiungendo che i discendenti dell'adottivo succedono all'adottante anche in concorso dei figli legittimi di costui, ha risoluto la quistione tuttora viva sotto l'impero del Codice Francese, che non dichiara nulla in proposito.

E ci sembra assai strano che ai nostri giorni uno scrittore italiano, credendo che la quistione sia insoluta, riproduca un'opinione sostenuta in Francia circa la rappresentazione dei discendenti del figlio adottivo. Cioè essi avrebbero tale diritto se sopravvenuti all'adozione; non l'avrebbero se già esistenti al tempo dell'adozione stessa. La quale distinzione tro-

verebbe appoggio nell'art°. 212 in cui si dice che l'adozione non induce alcun rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato. Ma noi notiamo che siffatta distinzione non si può fondare in detto articolo; perchè i figli dell'adottivo sono sempre parte della sua famiglia siano nati prima o dopo dell'adozione; quindi per la lettera dell'art°. 212 non avrebbe dritto alcuno alla successione dell'adottante; tanto meno poi si fonda sulla lettera dell'art°. 737 che ammette alla successione dell'adottante tutti i discendenti dell'adottato, senza distinzione.

Ma allora come si concilia l'art°. 212 coll'art°. 737? In questo modo: il secondo viene a restringere la portata troppo generale del primo: cioè l'adozione non induce alcun rapporto tra l'adottante e la famiglia dell'adottato, tranne ciò che è stabilito dalla legge relativamente al matrimonio come ha cura di aggiungere lo stesso art°. 212, e tranne ciò che è disposto rispetto alla successione dei discendenti, giusta l'art°. 737, aggiungiamo noi. In ogni modo per salvare l'art°. 212 non si può sacrificare in tutto o in parte l'art°. 737. — L'ordine dei discendenti comprende varii gradi: cioè i figli che sono parenti in primo grado, i nipoti che sono parenti in secondo grado, i pronipoti che sono parenti in terzo grado, e via dicendo all'infinito. Quando si fa luogo alla successione in favore dei nipoti e quando a quella in favore dei pronipoti? Si applica la regola: il più prossimo esclude il più remoto; se vi sono figli, i nipoti non succedono, si pas-

sa ai nipoti quando non vi sono figli e se manca=
no i nipoti si passa ai pronipoti, salvo sempre il
diritto di rappresentazione. Perchè? Perchè la rappresen=
tazione, come abbiamo visto, ha per effetto di far risalire
i parenti di grado più remoto al posto del parente
di grado più prossimo che sia premorto, indegno, assen=
te. Ma quando non è possibile la rappresentazione,
allora si tien conto esclusivo della regola: il più pros=
simo esclude il più remoto. —

---

## §.18. Successione degli ascendenti fratelli e sorelle.

---

### 1) I soli ascendenti:

Quando nella classe e nell'ordine dei discenden=
ti non c'è nessuno, nè in primo, nè in secondo, nè
in terzo, nè in ennesimo grado, allora si passa
all'altro ordine di successibilità, sempre delle stes=
se categorie di parenti legittimi, cioè all'ordine
che è costituito dagli ascendenti, e dai fratelli e sorelle
del defunto, non dagli ascendenti soltanto, perchè
con loro hanno dritto di concorrere i fratelli e le so=
relle del defunto. —

In quest'ordine di successione si possono dare va=

rie ipotesi che è bene esaminare distintamente.
Si può dare l'ipotesi che vi siano soltanto ascendenti del defunto e in questa stessa ipotesi bisogna distinguere due casi; cioè che vi siano i genitori del defunto, o che i genitori non vi siano e vi siano invece gli ascendenti di grado più remoto, avi, bisavi.
Si può dare l'ipotesi che vi siano soltanto fratelli e sorelle del defunto e anche questa ipotesi va suddistinta, cioè se i fratelli e sorelle sono tutti germani o tutti unilaterali oppure se i germani concorrono con gli unilaterali. E può finalmente darsi una terza ipotesi e si ha quando vi è concorso degli ascendenti con fratelli e sorelle del defunto, la quale ipotesi si suddistingue in varî casi: cioè che i genitori concorrono con fratelli o sorelle germani, o che concorrono con i fratelli e sorelle unilaterali; oppure che concorrano con fratelli e sorelle germani e con fratelli e sorelle unilaterali del defunto, ed infine in tutti questi casi di concorso al posto dei genitori possono trovarsi gli ascendenti di grado ulteriore. Tutte queste ipotesi debbonsi studiare separatamente per comprendere meglio il sistema della legge.-
La prima ipotesi più semplice è che alla morte di alcuno non vi siano figli, nè discendenti di nessun grado ma che vi siano tutti e due i genitori o un solo di essi.-
Se vi siano i due genitori del defunto, essi succedono in parti eguali, ciascuno prende la metà dell'asse ereditario; se v'è un solo genitore, il solo pa-

dre, o la sola madre, egli succede come unico erede nel patrimonio del defunto. Se non vi sono genitori, cioè il padre e la madre del de cuius sono premorti o rinunzianti, si guarda se vi siano ascendenti di grado più remoto dei genitori, cioè di 2° grado o di 3° grado, e allora si segue un diverso sistema per l'attribuzione dell'eredità. Se vi sono ascendenti tanto da parte del padre, quanto da parte della madre, si divide tutta l'eredità in due parti; cioè la divisione si fa per linea, una metà si assegna agli ascendenti di linea materna, una metà metà agli ascendenti di linea paterna. Ciò però segue solo agli ascendenti di linea paterna e quelli di linea materna si trovino nello stesso grado ancorchè vi sia tra loro disuguaglianza di numero. Il caso è questo c'è lo avo e l'ava paterni, l'avo e l'ava materni, la divisione si fa per linea, metà all'avo e all'ava paterna, metà all'avo e all'ava materna; come pure se c'è soltanto l'avo paterno, e l'avo e l'ava materni la divisione si fa egualmente in due parti; vuol dire che l'avo di linea paterna prenderà metà, l'altra metà sarà divisa tra l'avo e l'ava materna. Quando invece tra gli ascendenti delle due linee vi sia disuguaglianza di grado, la divisione non si fa più per linee, ma si applica il principio: il più prossimo esclude il più remoto, ciò segue per esempio nel caso in cui vi siano: l'avo paterno, e il bisavo materno; allora il bisavo materno non ha dritto alla successione ma solo l'avo paterno.

Tutto ciò è stabilito negli articoli 738 e 739.

---

## §. 19 - 2) Continuazione
## Successione dei soli fratelli e sorelle.
### (La quota di dritto e la quota di fatto.)

L'altra ipotesi è che non ci siano ascendenti, e vi siano soltanto fratelli e sorelle. Se i fratelli e le sorelle che succedono senza il concorso degli ascendenti sono tutti germani o tutti unilaterali, la divisione si fa per capi.

Invece se alcuni sono germani altri unilaterali, la divisione si fa diversamente. Il nostro Codice dispone che quando insieme con i germani concorrono i fratelli unilaterali, cioè o consanguinei o uterini, questi prendono la metà della quota spettante ai germani (art° 740). Ma che vuol dire metà della quota spettante ai germani? Due interpetrazioni sono state data questa frase.

Con una si ritiene doversi attribuire a ciascun unilaterale la metà di quella quota che gli sarebbe spettata se fosse stato germano. Questo si dice sistema della quota di dritto. Secondo un'altra interpetrazione quella frase significa invece che a ciascun unilaterale, spetta una metà di ciò che effettivamente nel caso concreto tocca al germano; e questo si dice sistema della quota di fatto.

Le differenze che passano tra i due sistemi sono notevoli. Poichè se si adotta il sistema della quota di dritto, gli unilaterali avranno una porzione minore di quella che loro toccherebbe seguendo il sistema della quota di fatto. Invero se si accoglie il sistema della quota di dritto, si deve dividere l'eredità in tante parti quanto è il numero complessivo dei fratelli germani ed unilaterali; il quoziente così ottenuto rappresenta la quota che spetta a ciascuno germano; onde la metà rappresenta la quota che spetta a ciascun unilaterale, perchè è appunto la metà di quella che gli sarebbe toccata, se fosse stato germano. L'altra metà che a ogni unilaterale vien detratta va accresciuta alle porzioni virili dei fratelli germani. Cosicchè ciascuno di questi ha in fatto più del doppio di quello che riceve ciascuno degli unilaterali. Invece la quota di fatto si ottiene dividendo tutta l'eredità per il numero raddoppiato dei fratelli germani più il numero dei fratelli unilaterali, e il quoziente così ottenuto rappresenta la quota che spetta a ciascun unilaterale; oppure la quota di fatto si ottiene dividendo tutto l'asse per il numero dei germani più la metà del numero degli unilaterali; il quoziente così ottenuto rappresenta la quota che spetta a ciascun germano che divisa per metà sarà ciò che spetta a ciascun unilaterale. Così ogni fratello germano, viene in fatto a ricevere solo il doppio, e non più del doppio, di quello che

riceve l'unilaterale, e questo la metà di ciò che effettivamente tocca al germano. Vi sia per esempio, un fratello germano e un fratello consanguineo del defunto; se noi vogliamo seguire il sistema delle quote di diritto, dobbiamo dividere l'eredità in due parti; se l'unilaterale fosse stato germano avrebbe avuto metà del patrimonio siccome è unilaterale, deve avere metà di questa metà, cioè $\frac{1}{4}$ del patrimonio; cosicchè praticamente il germano ha $\frac{3}{4}$ e $\frac{1}{4}$ l'unilaterale, dell'intiero asse ($\frac{4}{4}$). Invece applicando il sistema delle quote di fatto, nel nostro caso pratico, siccome abbiamo un sol germano, raddoppiando questo numero avremo, 2; a questo due si aggiunge il numero 1 del fratello unilaterale e si divide tutto l'asse ereditario per 3: quindi $\frac{1}{3}$ (1:3) è la quota che spetterebbe all'unilaterale: sicchè il germano avrà $\frac{2}{3}$. Dagli esempi fatti si vede chiaro che mentre, adottando il sistema della quota di diritto, all'unilaterale spetta $\frac{1}{4}$, seguendo invece il sistema della quota di fatto gli spetta $\frac{1}{3}$, cioè una quota maggiore.

Ecco l'importanza della quistione. Quale sistema dunque bisogna accogliere? Alcuni hanno sostenuto che bisogna accogliere il sistema della quota di diritto, perchè, si dice da costoro: la legge prende per misura la quota dei germani; ma la quota dei germani come si ottiene? si ottiene dividendo l'eredità per capi, dunque anche quando con i germani concorrono gli unilaterali

per conservare la misura fissata dalla legge, bisogna dividere per capi, e una quota virile bisogna suddividerla per metà.

Ma contro costoro giustamente si oppone che quel sistema non corrisponde al principio da cui mosse il legislatore per trattare disugualmente i fratelli unilaterali e i fratelli germani.

Il movente che indusse il legislatore a trattare disugualmente questi fratelli fu la considerazione che i germani hanno un doppio vincolo di parentela col defunto, mentre gli unilaterali sono uniti al defunto con un vincolo unico, semplice quindi in base al principio generale che bisogna nelle successioni tener conto della forza del vincolo di parentela, la legge stabilì che ove si riscontra un vincolo doppio doppia debba essere la porzione rispetto a chi si trova unito al defunto con unico vincolo. Ora con la quota di diritto si ottiene che il germano, pur essendo legato col defunto da doppio vincolo di parentela, non ha il doppio in confronto con l'unilaterale, ma il triplo, il quadruplo, il quintuplo secondo i casi onde manca la corrispondenza tra la ragione del trattamento disuguale, e l'effettiva disuguaglianza che si avvera in concreto. Invece adottando il sistema della quota di fatto noi abbiamo esatta corrispondenza tra il risultato materiale della divisione e il principio informatore della legge. Se il germano è unito con doppio vincolo di parentela, mentre il fratello unilaterale è unito con un

vincolo semplice, il germano deve avere il doppio, ma non più del doppio, di quello che ha l'unilaterale, e questo in realtà si ottiene solo col sistema della quota di fatto.

Ancora una considerazione: mentre accogliendo il sistema della quota di fatto, in ogni caso, siano due, tre, quattro gli unilaterali, si mantiene sempre costante il rapporto proporzionale tra la quota spettante al germano e quella dell'unilaterale, cioè l'unilaterale ha sempre la metà di ciò che spetta al germano; invece, adottando il sistema della quota di diritto, questo rapporto muta continuamente; il germano ha talora tre volte di più dell'unilaterale, talora ha quattro, cinque, e via dicendo, il valore della quota del germano cresce come cresce il numero degli unilaterali. Eppure è giusto che come costante e unico è il rapporto proporzionale tra parentela doppia e parentela semplice, così sia tale anche quello che come tra le quote ereditarie, la cui disuguaglianza la legge ha inteso commisurare alla disuguaglianza del vincolo di parentela. Infine il sistema della quota di fatto trova suo appoggio nella lettera della legge; perchè la legge non dice che il fratello unilaterale avrà la metà della quota che gli spetterebbe se fosse germano, ma dice la «metà della quota spettante ai germani» ossia della quota che effettivamente spetta.

## §. 20 - 3) Successione degli ascendenti in concorso con i fratelli e sorelle.

Esaminiamo ora la terza ipotesi, cioè quando gli ascendenti concorrono con i fratelli e sorelle del defunto. Anche in questa ipotesi bisogna distinguere vari casi per poter riuscire più chiari. I genitori possono concorrere con fratelli e sorelle tutti germani del defunto, o con fratelli e sorelle tutti unilaterali, sia con fratelli e sorelle germani e con fratelli unilaterali nel tempo medesimo. Nel caso dei genitori che concorrono con i fratelli e sorelle tutti germani del defunto, la successione si fa per capi: si fanno dell'eredità tante parti quanti sono i genitori più i fratelli germani.

La legge mette nello stesso grado successorio i genitori e i fratelli germani sibbene sieno di diverso grado di parentela. Però, con questo limite, che bisogna sempre riservare al genitore o ai genitori il terzo dell'eredità; dimodochè, se facendo la divisione per capi, si avesse il risultato che al genitore o ai genitori, insieme considerati spettasse una quota inferiore al terzo, occorre fare il prelevamento del terzo che viene assegnato al genitore o ai genitori; e ciò che resta, (cioè i due terzi) si divide per capi tra i fratelli germani. Così è disposto dall'articolo 740. Facciamo un caso pratico: muore una persona lasciando i due genitori,

più due fratelli germani.

La divisione si fa per capi, ciascuno deve avere quindi $\frac{1}{4}$ in questo caso i $\frac{2}{4}$, cioè la metà che viene a spettare ai genitori, è più di $\frac{1}{3}$, quindi la divisione così eseguita sta ben fatta. Poniamo ancora che vi siano 4 fratelli germani insieme coi due genitori, facendo la divisione per capi che cosa avremo? che tutto l'asse dividendosi per numero dei fratelli germani più il numero dei genitori, cioè per 6, a ciascuno spetterà $\frac{1}{6}$, e così ai due genitori spetterà $\frac{2}{6}$, frazione che è uguale al terzo dell'eredità: anche in questo caso la divisione potrà farsi per capi. Poniamo invece il caso che insieme coi due genitori, concorrano 5 fratelli germani. Facendo la divisione per capi, che cosa avremo? Che tutto l'asse ereditario dovendosi dividere per 7, a ciascuno verrebbe a spettare $\frac{1}{7}$ e quindi ai due genitori spetterebbero $\frac{2}{7}$. Ora $\frac{2}{7}$ è una frazione inferiore a $\frac{1}{3}$, perciò in questo caso la divisione non si farà per capi, ma su tutto l'asse ereditario si preleverà il terzo spettante ai genitori, e i $\frac{2}{3}$ che rimangono si divideranno per capi, fra i fratelli germani. Quindi i genitori i quali concorrono con i fratelli germani possono avere dippiù, ma non mai meno di $\frac{1}{3}$, qualunque sia il numero dei germani; e ciò è in perfetta armonia colla disposizione di legge che riserva $\frac{1}{3}$ come parte indisponibile in favore degli ascendenti nella successione testata del discendente. (art.º 807). Tale porzione di riserva che rappresenta il <u>minimum</u> dei diritti successorî, doveva rimanere integra anche nella successione intestata, come è evidente; e perciò la legge,

a garentirne l'integrità nel caso di concorso di fratelli e sorelle del defunto, ha disposto il prelevamento del terzo, ove la divisione per capi portasse ad un risultato contrario. Ma qui nasce una grave quistione. Come si calcola questo terzo spettante ai genitori? si calcola sul valore dei beni esistenti effettivamente al tempo della morte del defunto, (*il quid relictum*), oppure si deve calcolare sulla massa di questi beni aumentati dal valore dei beni donati in vita dal defunto? Come si capisce a prima vista, il risultato è diverso, secondo si adatta l'uno o l'altro sistema di calcolo. Supponiamo che una persona abbia lasciato morendo £.50,000, e abbia donato a sua volta per £.40,000.

Il terzo spettante ai genitori dovrà essere il 3°. di £.50.000, oppure il terzo di £ 50.000 più il valore dei beni donati; cioè £. 90.000 (novantanovemila)?

Se il terzo spettante ai genitori si deve calcolare su l'asse ereditario, aumentato del valore de' beni donati; siccome il 3°. di £ 90,000, è la somma di £.30,000, dunque £.30,000 dovrebbero essere riservate ai genitori, se invece il terzo deve essere calcolato su 50,000 lire, ai genitori saranno riserbate £.16,666, somma come si vede molto inferiore a quelle di £. 30.000.

D'altra parte, se si calcola il terzo di tutto l'asse ereditario compreso ciò che è stato donato, la conseguenza è gravissima per i germani perchè i

germani non potendo anch'essi pretendere che la loro quota sia calcolata su tutta la massa dei beni, così fittiziamente formata, giacchè non son riservatari, come gli ascendenti, dovranno calcolare la loro quota su ciò che effettivamente ha lasciato il defunto, loro germano.

Così quel di più che i genitori vengono a prendere è tutto a scapito dei fratelli germani che concorrono nella successione. Infatti facendo l'ipotesi che £.50,000 sia ciò che effettivamente ha lasciato il defunto, e da queste 50.000 debbono essere detratte 130 mila in favore dei genitori, (perchè 30.000 sono il terzo di £.90.000, valore dei beni lasciati, a cui sono fittiziamente uniti i donati), solo le £.20.000 restanti dovranno dividersi per capi, la qual somma è di gran lunga inferiore a quella che si sarebbe avuta se il terzo spettante ai genitori fosse stato calcolato sui beni lasciati effettivamente dal defunto, cioè su £.50.000. Ciò posto quale criterio deve seguirsi per calcolare la quota dei genitori? La cosa è molto controversa; però noi crediamo con molti autori che il calcolo deve farsi sui beni effettivamente lasciati più i beni donati dal <u>de cuius</u> durante sua vita. E perchè? Perchè se il nostro legislatore volle anche nella successione legittima concedere agli ascendenti la stessa quota che egli concesse nella successione testata, le stesse regole che valgono per determinare la quo=

ta dei genitori nella successione testata, debbono valere per determinarla nella successione intestata.

Ora che cosa avviene quando una persona muore facendo testamento e lasciando ascendenti? Anche se il defunto non abbia pensato ai suoi genitori a questi la legge concede il terzo, e il calcolo si fa riunendo fittiziamente a tutti i beni lasciati, quelli donati dal defunto in vita; poi si divide questa massa così formata in due parti, delle quali una rappresenta la disponibile e l'altra la riserva; e così si vede se c'è lesione del diritto dei riservatari, e se questi possono avvalersi della riduzione delle donazioni (artº 822)

È indubitato perciò che gli ascendenti, se il figlio ha fatto testamento, debbono avere il terzo calcolato non già su ciò che il figlio ha lasciato effettivamente, ma su ciò aumentato di quanto ha donato. Ora se la legge vuole che lo stesso terzo sia riservato agli ascendenti anche in caso di successione legittima, tanto che il concorso dei fratelli e delle sorelle del defunto non deve per nulla nuocere ai genitori, cioè non deve diminuire quel terzo; è evidente che bisogna applicare la stessa regola dell'artº 822. Quindi bisogna fare l'addizione dei beni donati e dei beni lasciati e su tale somma bisogna calcolare il terzo da attribuire ai genitori o genitore; ciò che resta dell'asse ereditario, cioè di quello che effettivamente ha lasciato il de cuius, si divide fra i fratelli germani. — Abbiamo esaminato così il caso del con=

concorso dei genitori con i fratelli e sorelle germani del defunto: esaminiamo ora il caso del concorso dei genitori con fratelli e sorelle unilaterali del defunto. Come si fa allora la divisione? qual'è la quota spettante ai genitori, qual'è la quota spettante ai fratelli e sorelle unilaterali?

Anche qui la divisione si fa per capi, e si contano tante persone quanti sono i genitori, più il numero dei fratelli unilaterali. Però anche gli unilaterali in concorso coi genitori del defunto debbono avere la metà della quota che spetta ai germani (artº 740. capov.). —

Ma si potrebbe obbiettare: se qui non ci sono germani come si calcola la quota? La quota si calcola nello stesso modo, perchè il genitore equivale al germano; dal momento che la legge equipara il genitore al germano facendo seguire tra loro la divisione per capi, tanto vale concorrere con i soli genitori quanto vale con i soli germani. Quindi gli unilaterali avranno la stessa quota, che avrebbero concorrendo con i soli germani si considera come se i genitori tenessero luogo dei germani, applicandosi lo stesso criterio, cioè di fare la divisione per capi, in modo però che ogni unilaterale abbia metà della quota di ciascun genitore. Per ottenere questo risultato pratico si divide l'asse ereditario in tante parti quanti sono i genitori più la metà del numero degli unilaterali; la quota risultante è quella che spetta al germano, ossia che spetta al geni=

tore che tiene luogo di un germano; metà di questa quota è quella che spetta agli unilaterali. Così si segue il sistema della quota di fatto; però anche in questo caso, dice la legge, se facendo la divisione in tal modo, ai genitori toccasse una quota inferiore al terzo, allora bisognerà prelevare questa parte in loro favore e poi fare la divisione fra i fratelli unilaterali. Nel terzo caso infine quando vi è concorso dei genitori con fratelli e sorelle germani, ed unilaterali, si adotta sempre lo stesso sistema: ogni fratello unilaterale deve avere la metà della quota spettante ai germani. Quindi si divide tutto l'asse pel numero dei genitori, più il numero dei fratelli germani più la metà del numero dei fratelli unilaterali e così si ottiene che ogni germano ha una quota doppia di quella del fratello unilaterale. Abbiamo esaminato così l'ipotesi del concorso dei genitori con i fratelli e sorelle germani, con fratelli e sorelle unilaterali, con fratelli e sorelle germani ed unilaterali del defunto, ma ora bisogna fare un'altra ipotesi che cioè non vi siano genitori, ma vi siano altri ascendenti che concorrono con i fratelli e sorelle germani del defunto o con fratelli e sorelle unilaterali, o con fratelli o sorelle germani ed unilaterali.

Supponiamo che alcuno morendo lasci quattro ascendenti, avo ed ava paterni, avo ed ava materni, e due fratelli germani. Come si fa la divisione? Si fa per capi? Facendo la divisione per capi, come si vede, i fratelli germani avrebbero una porzione molto minore di quella che avrebbero avuto se fossero vissu-

ti i genitori, perchè nel caso da noi fatto verrebbero ad avere $\frac{1}{6}$ per ciascuno, mentre se vi fossero stati i genitori avrebbero avuto $\frac{1}{4}$ - La legge però, sebbene non molto chiaramente, stabilisce che la divisione qui non si deve fare per capi, cioè non si devono calcolare tante persone quanti sono gli ascendenti più i germani, ma bisogna calcolare tante persone quanti sono i germani più i genitori che sono premorti: in altri termini gli ascendenti di 2°. o di 3°. grado vengono a prendere il posto dei genitori. Agli ascendenti, siano pure quattro, non spetta che la stessa quota che sarebbe spettata ai genitori se fossero stati viventi, quindi nel caso da noi configurato, la divisione si opererà per 4 non già per 6. Infatti nell'ultimo capoverso dell'artº. 740 si dice:

<u>La parte che spetterebbe ai genitori viventi si devolve in loro mancanza ai loro ascendenti prossimi nel modo determinato nel precedente articolo</u>. Il modo determinato nel precedente articolo è questo appunto che la quota spettante ai genitori si suddivide in due parti: una parte agli ascendenti di linea paterna, un'altra parte agli ascendenti di linea materna. Se nelle due linee vi siano ascendenti di grado disuguale, il più prossimo esclude il più remoto. Dunque posto il caso che una persona morendo lasci Nº. 4 ascendenti (avo ed ava paterni, avo ed ava materni) e due germani, la divisione si fa in 4 parti, perchè se fossero vissuti i genitori ad essi

del grado susseguente nell'istesso ordine?

Per risolvere la questione occorre tener presente un articolo del Codice che poi bisogna applicare col massimo accorgimento.

L'articolo 946 dice:

« Nelle successioni legittime la parte di colui che rinunzia si accresce ai suoi coeredi; se è solo, la successione si devolve al grado susseguente »

Questo articolo pare a prima vista abbastanza semplice e chiaro, ma la sua applicazione pratica presenta notevoli difficoltà, che nascono anzitutto dal vedere chi possa considerarsi come coerede di colui che rinunzia e quindi come avente diritto all'accrescimento. — Il criterio da seguire è che coerede avente diritto all'accrescimento è colui che dall'accettazione di chi ha rinunziato, sarebbe stato danneggiato; cioè colui che, se il rinunziante non fosse esistito, sarebbe stato chiamato solo all'eredità: e ciò perchè il diritto di accrescimento non produce un vero accrescimento, ma piuttosto è un *ius non decrescendi*, in quanto per la rinunzia di un erede il diritto dell'altro riprende la sua naturale estensione, la quale soffriva un limite solo a causa dell'esistenza dell'altro coerede che con la rinunzia viene a scomparire, anzi si reputa che non vi sia mai stato. Facciamo alcuni esempî semplici. Ci sono genitori, fratelli e sorelle germani. Un solo dei genitori rinunzia. A chi spetta la quota del rinunziante

Se quando rinunzia un genitore, l'altro genitore nonostante la rinunzia ha il terzo dell'eredità, allora la quota del genitore rinunziante si accresce indistintamente a tutti, al genitore che ha accettato, ai fratelli e sorelle, perchè fratelli e sorelle e genitori sono posti dalla legge nello stesso grado di successione, sono chiamati congiuntamente, quindi la persona del rinunziante si accresce ai coeredi. Ci sono due genitori e un fratello germano. La divisione si fa per capi, a ciascuno spetterà $\frac{1}{3}$. Il padre del defunto rinunzia, l'altro genitore serba il suo terzo, ed il 3°. del rinunziante si accresce egualmente a tutti e due gli altri coeredi: Invece facciamo un'altra ipotesi, se vi siano quattro germani e due genitori, facendo la divisione per capi, ciascuno di questi coeredi avrà $\frac{1}{6}$ cioe $\frac{1}{6}$ ciascun germano e $\frac{1}{6}$ ciascun genitore. Rinunzia uno dei genitori. Se il sesto che sarebbe spettato al rinunziante si dovesse accrescere alle tre persone rimanenti, ne verebbe che il genitore che ha accettato non avrebbe il terzo che, secondo la legge, deve sempre restare salvo al genitore; quindi in questo caso la porzione del rinunziante andrà tutta a favore del genitore accettante, perchè così resta completato il terzo riservato dalla legge, e nulla rimane da dividere fra gli altri coeredi. Se tutti e due i genitori rinunziano, la loro quota si accrescerà ai fratelli e sorelle del defunto che sono chiamati congiuntamente dalla legge; oppure sarà devoluta agli ascendenti di grado più remoto, posto che questi esistano? Secondo alcuni sarà devolu=

dice:

<u>Morendo alcuno senza lasciare prole, nè genitori, nè fratelli e sorelle, nè discendenti da essi, la successione si apre a favore del congiunto o dei congiunti più vicini al defunto, senza distinzione di linee paterne e materne. La successione non ha luogo tra i congiunti oltre il decimo grado.</u> Questo articolo è molto chiaro e parrebbe che nessuna quistione possa nascere; pur nondimeno qualcuno ha sollevato delle questioni che non hanno ragione di essere ed alle quali accennerò.

Poniamo che il defunto lasci zii paterni e zie materni, tutti collaterali in 3°. grado, gli zii paterni escluderanno i materni? Non è mancato qualcuno che ha trovato ragione di dubitare nel fatto che la legge dice che sono chiamati i congiunti più vicini del defunto. Ora, si dice gli zii di linea paterna sono più vicini degli zii di linea materna; se noi guardiamo alle consuetudini della vita ed ai vincoli d'affetto di una famiglia vediamo che gli zii paterni sono considerati più vicini che non i materni. Evidentemente questo è sofisticare, se gli zii tanto materni che paterni, hanno lo stesso grado di parentela, sono parenti del defunto nello stesso grado, cioè in 3°. grado, sono congiunti egualmente vicini al defunto. Quando la legge parla di vicinanza col defunto, non intende parlare della vicinanza avuto riguardo ai vincoli concreti di affetto, ma in-

tende parlare della prossimità del grado, prossimità che si calcola matematicamente.

Ora se uguale è il grado di parentela in cui si trovano tanto i fratelli del padre che i fratelli della madre; tutti gli zii paterni e materni concorreranno alla successione. Si è fatta ancora una difficoltà. Supponiamo che degli zii paterni o materni che debbano senza dubbio succedere a chi non ha lasciato parenti più prossimi, alcuni siano zii duplice latere, cioè fratelli germani del padre o della madre del defunto; altri zii unilaterali: cioè fratelli unilaterali del padre o della madre del defunto. In questo caso si è detto da alcuni; siccome gli zii germani sono legati con duplice vincolo di parentela col defunto, devono essere preferiti agli zii unilaterali che sono legati al defunto da un solo vincolo di parentela. Ma anche questa opinione è infondata, perchè sebbene la legge parla di parenti più vicini e a prima vista, prendendo questa parola vicinanza nel significato volgare, si possa dire che i parenti più vicini sono quelli legati con un vincolo doppio di parentela, e i più lontani quelli legati con un vincolo semplice, pure non è in questo significato che la legge ha adoperato quella parola; parenti più vicini sono i parenti di grado più prossimo, la prossimità del grado è la misura della prossimità di parentela. Ora tanto gli zii unilaterali, quanto gli zii germani, cioè tanto gli zii che erano fratelli unilaterali, quanto gli zii che erano fra-

telli germani del genitore del defunto. si trovano nello stesso grado di parentela, in terzo grado gli u=ni, in terzo grado gli altri. Dunque che differenza si può fare tra zii unilaterali e zii germani se la legge stessa non ha fatto differenza rispetto ai fratel=li del defunto, inquantochè ha fatto succedere i fratel=li germani del defunto insieme con gli unilaterali?

Ma si è detto da altri: sì, succedono zii germani con zii unilaterali, ma siccome quando succedono i fratelli germani con gli unilaterali succedono in quo=te disuguali, ricevendo il fratello unilaterale la metà della quota spettante al fratello germano, così ancora, se gli zii unilaterali debbono concorrere con i germani, la loro quota di successione però dovrà essere di=versa, cioè si dovrà applicare per analogia la stessa regola che la legge pone per la successione dei fratel=li germani insieme cogli unilaterali. Perciò anche gli zii unilaterali non potranno pretendere che la metà della quota che spetta agli zii germani. Ma anche questa soluzione è meramente arbitraria. Perchè la legge ha voluto tener conto del doppio vincolo di parentela, solo per eccezione nel caso di concorso di fratelli chiamati all'eredità del fratello defunto. Il principio generale di legge è che nelle successioni bi=sogna tener conto della prossimità del grado, cosic=chè tutte quelle disposizioni che si allontanano da questa regola, come eccezionali, non si possono esten=dere per analogia. Ora se la legge ha fatto deroga al principio generale della prossimità del grado nella

successioni di fratelli e sorelle germani ed unilaterali; pure essendo i fratelli unilaterali nello stesso grado dei fratelli germani ed ha tenuto conto del doppio vincolo di parentela; questa eccezione al principio della prossimità del grado, non si può estendere agli zii germani ed unilaterali. Finalmente si è voluta fare ancora una quistione che non ha neppure ragione d'essere; ~~e che~~ riguarda il caso in cui una persona lasci parenti in entrambe le linee, paterna e materna, ed in una linea si trovano parenti più prossimi, nell'altra parenti più remoti. Per es.:

Una persona morendo lascia un cugino di linea paterna ed un biscugino di linea materna; cioè un parente collaterale in 4.° grado in linea paterna ed un parente collaterale in 5.° grado in linea materna. In questo caso si è domandato se tutti e due i parenti devono succedere, oppure solo il più prossimo.

E da taluno si è pensato che siccome ciascuno dei due parenti è nella propria linea il più vicino al defunto (nella linea paterna più vicino al defunto è il cugino, nella linea materna il più vicino è il biscugino) dunque tutti e due devono succedere. Ma evidentemente questa è un'applicazione strana della legge. Se questa dice che si guarda alla prossimità del grado, senza tener conto della prerogativa della linea, che importa se considerando separatamente tutte e due le linee, si trovano due parenti che so=

no i più vicini al defunto? Bisogna riguardare tutta la parentela nel suo complesso, senza distinzione di linee, e mettere in confronto fra di loro i vari parenti, cosicchè se dal confronto risulta che uno di essi è più vicino al defunto, questi solo deve succedere.

Adunque queste difficoltà che hanno sollevato certi autori non hanno fondamento alcuno.

---

## C) LA SUCCESSIONE DEI PARENTI NATURALI. —

### §. 23. = Regole fondamentali.

Dopo aver parlato della successione dei parenti legittimi passiamo a parlare della successione dei parenti naturali.

I figli naturali succedono ai loro genitori quando siano stati legalmente riconosciuti o dichiarati (artº. 743). Questo è il requisito fondamentale della successione dei figli naturali. È necessario il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale, perchè solo col riconoscimento e colla dichiarazione giu-

diziale si viene a costituire il vincolo di parentela al cospetto della legge; altrimenti la filiazione naturale resta un semplice fatto materiale che non ha indole di fatto giuridico; diventa tale solo quando vi sia la dichiarazione e il riconoscimento. Come senza questo requisito non sorgono gli altri effetti giuridici della parentela naturale, non sorge l'effetto della tutela legale, non sorge lo impedimento del matrimonio, così non sorge nemmeno l'effetto giuridico della successione.

Perchè per la dichiarazione giudiziale abbia effetto giuridico, non è necessario che precede la morte del genitore naturale. Può avvenire benissimo che si sia iniziato il procedimento dell'indagine sulla paternità (nei casi tassativamente ammessi dalla legge) o sulla maternità, e che il giudizio non sia si espletato prima della morte del genitore; cioè può accadere che la sentenza la quale dichiara la paternità o maternità sia pronunziata dopo la morte del padre o della madre di colui che ha intentato la relativa azione. Ma ciò non importa per l'effetto della successione perchè la sentenza ha per la sua stessa natura dichiarativa effetto retroattivo. Il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale producono la loro efficacia solo rispetto alla persona che ha fatto il riconoscimento o che è stato dichiarato genitore, (art°. 182) e non rispetto a parenti di costui. Quindi il padre e la madre del genitore naturale non sono parenti del discente di costui, il quale perciò (come

sta detto nell'art° 749) ancorchè riconosciuto non ha diritto sui beni dei congiunti del padre e della madre, nè questi congiunti hanno diritto sui beni del figlio naturale."

## §.24.- I figli naturali in concorso con i legittimi

Premesse queste idee generali sulla successione dei figli naturali studiamo i vari casi in cui i figli naturali succedono in concorso con i parenti legittimi, e col coniuge superstite del defunto genitore naturale. Varie combinazioni possono verificarsi. I figli naturali possono concorrere con i figli legittimi; possono concorrere con gli ascendenti dei loro genitori naturali, possono concorrere col coniuge superstite e concorrere con i figli legittimi e il coniuge, e con gli ascendenti e il coniuge insieme, dunque bisogna esaminare questi vari casi per vedere quali quote la legge loro assegna.

Il principio generale della legge è stato che non dovesse farsi ai figli naturali lo stesso trattamento dei figli legittimi perchè altrimenti famiglia legittima e famiglia naturale, matrimonio e concubinato, sarebbero state cose equivalenti mentre tali non sono non soltanto moralmente, ma nemmeno giuridicamente. Se la legge non riconosce altra

unione sensuale lecita che la coniugale, deve per necessità di cose fare ai figli naturali un trattamento diverso dai figli legittimi, e concedere loro dei diritti, humanitatis causa, ma sempre in misura inferiore che ai figli legittimi. V'hoc, è vero, ai nostri giorni chi crede che in un dritto evoluto si debbono trattare allo stesso modo i figli legittimi e i figli naturali. Ma questa opinione non è che la conseguenza del principio del libero amore, propugnato da socialisti e da anarchici; e perciò chi non è seguace di così insano principio, non può ammettere nemmeno la conseguenza sebbene questa venga appoggiata a considerazioni più o meno sentimentali, o sia presentata addirittura come l'attuazione di una idea più elevata e più pura di giustizia sociale. Ciò premesso vediamo che cosa accade quando i figli naturali concorrano con i legittimi:

Seguendo l'opinione esagerata di cui abbiamo fatto cenno, essi dovrebbero succedere in parti uguali insieme con i figli legittimi: è infatti così dispone la legge rivoluzionaria Francese del 12 brumaio anno II.

Ma seguendo l'esempio del Codice Francese, il nostro stabilisce che concorrendo i figli naturali con i legittimi, i figli naturali hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi (art. 744).

Che vuol dire metà della quota che sarebbe

loro spettata se fossero legittimi? Qui si riproduce la stessa quistione fatta a proprosito dei fratelli unilaterali che concorrono con i fratelli germani cioè se debbasi per calcolare la quota spettante ai figli naturali seguire il sistema della quota di dritto o quella della quota di fatto. Però, mentre come abbiamo detto, siamo dell'opinione che la quota spettante ai fratelli unilaterali in concorso con i germani è la quota di fatto; il contrario si deve dire per i figli naturali in concorso con i legittimi. Il sistema accolto dalla legge in questo caso non è quello della quota di fatto ma bensì quello della quota di diritto. Cioè i figli naturali non debbono avere metà della quota che effettivamente, nel caso concreto, spetta ai figli legittimi, ma metà della quota che essi avrebbero avuto se fossero stati legittimi. Ciò si rileva chiaramente dalla lettera della legge senza bisogno di lunga discussione. Perchè mentre la legge, quando parla di concorso di fratelli unilaterali con fratelli germani, dice che agli unilaterali spetta metà della quota spettante ai germani, invece nel caso di concorso di figli naturali con legittimi dice molto chiaramente che ai figli naturali, spetta metà della quota che sarebbe spettata loro se fossero legittimi (art.° 744). Come si ottiene praticamente la metà della quota che sarebbe spettata loro se fossero legittimi? Si divide l'eredità in tanti capi quante sono le persone, cioè quanti sono i figli legittimi e i figli naturali insieme pre-

si; la quota così ottenuta è la quota cosidetta virile, cioè la quota che spetterebbe a ciascun figlio se ciascuno fosse legittimo; ma siccome in concorso con i legittimi vi sono figli naturali; questa quota deve essere divisa per metà; e tale metà rappresenta appunto la quota spettante a ciascun figlio naturale, mentre l'altra metà viene accresciuta ai figli legittimi.

Facciamo il caso che concorrano alla successione un figlio naturale ed un figlio legittimo: l'eredità si divide in due parti; astrattamente spetterebbe una metà a ciascuno, quindi anche al figlio naturale; astrattamente ho detto, cioè, se il figlio naturale fosse legittimo; ma non essendo tale, gli toccherà la metà della metà cioè $\frac{1}{4}$; cosicchè nel caso configurato il figlio naturale avrà $\frac{1}{4}$, e il figlio legittimo oltre $\frac{1}{2}$ che astrattamente gli spetta, avrà $\frac{1}{4}$ in più cioè la porzione sottratta alla quota che sarebbe toccata al figlio naturale, ossia in sostanza $\frac{3}{4}$ dell'intera eredità.

Come si vede, il sistema è semplice quando c'è un solo figlio legittimo e un sol figlio naturale: ma si è da taluno dubitato se questo sistema si debba seguire quando più siano i figli naturali e più siano i figli legittimi. Facciamo il caso che vi siano due figli naturali e due figli legittimi: se l'eredità si divide in 4 parti, siccome ciascuno avrebbe dritto ad $\frac{1}{4}$ il figlio naturale dovrà avere $\frac{1}{8}$. Ma questa frazione non rappresen-

ta più, nel caso configurato, la metà di quello che il figlio naturale avrebbe avuto se fosse stato legittimo: poichè data l'esistenza di un secondo figlio naturale, il primo figlio naturale se fosse stato legittimo, avrebbe avuto non già $\frac{1}{4}$; ma $\frac{1}{4}$ più la terza parte di $\frac{1}{8}$ sottratto alla porzione del figlio naturale. Dunque, si è pensato da taluno, per soddisfare il voto della legge bisogna ricorrere ad altro sistema che viene attuato con complicata operazione di calcolo. Ma noi crediamo colla generalità degli autori che tale opinione sia errata: la legge non intende concedere al figlio naturale che la metà della quota che gli sarebbe spettata se egli e tutti gli altri con cui concorre, fossero stati legittimi, la metà insomma della quota virile. E questa si ha anche nel caso di più figli naturali.

Il sistema però accolto dal Codice nostro e anche dalla legge Francese, porta all'inconveniente pratico che non si ha proporzione fissa, costante, tra la quota dei figli legittimi e quella dei figli naturali, ma si ha una proporzione variabile secondo che cresce il numero dei figli legittimi o quello dei figli naturali. Facciamo il caso che vi siano un figlio legittimo e un figlio naturale; questi avrà $\frac{1}{4}$ il legittimo $\frac{3}{4}$, se vi siano due figli legittimi e uno naturale, questi avrà $\frac{1}{6}$ cioè $\frac{2}{12}$; ciascun legittimo avrà invece $\frac{1}{3}$ più la metà di $\frac{1}{6}$ cioè $\frac{1}{12}$, e quindi in tutto $\frac{5}{12}$: se vi sono tre figli legittimi

ed uno naturale, questo avrà $\frac{1}{8}$ e ciascun legittimo $\frac{1}{4}$ più la terza parte di $\frac{1}{8}$ e via dicendo. Cosicchè quanto più cresce il numero dei figli legittimi, tanto più diminuisce la quota dei figli naturali. Poniamo ora il caso inverso che il numero dei figli legittimi sia costante e cresca il numero dei figli naturali: si ha un figlio legittimo ed un figlio naturale: questo avrà $\frac{1}{4}$: il legittimo, $\frac{3}{4}$: si ha un figlio legittimo e due naturali; questi avranno $\frac{1}{6}$ ciascuno ed il legittimo avrà $\frac{2}{3}$, si ha un figlio legittimo e tre naturali; questi avranno $\frac{1}{8}$ ciascuno, mentre il figlio legittimo avrà i $\frac{5}{8}$. Cosicchè quanto più cresce il numero dei figli naturali, tanto più si accresce la quota del figlio legittimo. Con questo sistema il figlio legittimo ha tre, quattro, cinque volte, e via di seguito, in più del figlio naturale, mentre adottando il sistema della quota di fatto si avrebbe una proporzione costante: il figlio legittimo varrebbe sempre come due rispetto al figlio naturale, qualunque fosse il numero dei naturali. Perciò si è notato che il sistema non è razionale, perchè se di fatto il figlio naturale si trova sempre nella stessa posizione di disuguaglianza rispetto al figlio legittimo, questa posizione di disuguaglianza che è oggettivamente costante dovrebbe trovare la sua espressione in una costante disuguaglianza nei rapporti giuridico-economici derivanti dalla successione - È perciò migliore sistema è quello seguito dal Codice Svizzero; secondo il quale al figlio

naturale spetta metà della quota spettante al figlio legittimo, come ha stabilito il nostro Codice per i fratelli unilaterali che concorrono con i fratelli germani.

Il Codice nostro partendo appunto dal concetto che il figlio naturale sebbene abbia dritto alla successione del padre naturale, pure deve trovarsi in una posizione inferiore rispetto al figlio legittimo, ha seguito il Codice Francese nello stabilire alcune anomalie sulla successione dei figli naturali in concorso con i figli legittimi: 1). Il figlio naturale che concorre con il figlio legittimo non ha dritto di pretendere i beni in natura nei limiti della sua quota, come il figlio legittimo; ma i figli legittimi hanno la facoltà di pagare ai naturali la loro quota o in danaro o in immobili ereditari a loro piacimento. (artº 744 capov.) Quindi la posizione del figlio naturale è diversa da quella di qualsiasi altro erede.

Mentre ogni erede in generale ha diritto ai beni in natura immobili, mobili, crediti, denari ecc, invece al figlio naturale questo dritto non può spettare se non subordinatamente alla volontà dei figli legittimi.

2º) Mentre per volontà generale della nostra legge, tutti gli eredi hanno il possesso di diritto dei beni ereditari senza bisogno di nessuna materiale apprensione, questo possesso di diritto non spetta ai figli naturali, che pel nostro Codice devono chiedere il possesso ai figli legittimi (artº

2°.) Questa seconda anomalia è in corrispondenza con la prima, poichè se i figli naturali non hanno un diritto certo di proprietà sui beni ereditari inquantochè i figli legittimi possono commutarlo, dando una somma di denaro, evidentemente la legge non poteva concedere il possesso di diritto dei beni ereditari. Poi c'è anche una ragione storica. Nel Codice Francese i figli naturali sono considerati come successori irregolari, ed essendo principio generale del Codice Francese che i successori irregolari non hanno la _saisine héreditaire_ alla quale hanno diritto solo i successori regolari, così i figli naturali che sono considerati come successori irregolari; non hanno diritto alla _saisine héreditaire_. Il nostro Codice pur avendo abolito la categoria di successori irregolari, ha ritenuto questa anomalia della mancanza del possesso di diritto ai figli naturali, anomalia che ora è sparita per la legge 25 marzo 1896 nella stessa Francia dove sorse.

3°.) altra anomalia di cui parleremo a suo tempo è che mentre la quota riservata ai figli naturali è una detrazione della disponibile, invece la quota riservata ai figli legittimi forma porzione indisponibile dimodochè nella successione testata i figli legittimi non soffrono nulla per la presenza dei figli naturali inquantochè la riserva della metà del patrimonio loro attribuita dalla legge resta intatta; ciò che spetta ai figli

naturali si deve detrarre dalla porzione che la legge dichiara disponibile.

---

## §.25- Figli naturali in concorso con i discendenti dei figli legittimi.

I figli naturali concorrono anche con i discendenti dei figli legittimi, in tutti i casi, o che i discendenti dei figli legittimi succedano iure repraesentationis o succedano iure proprio (artº 744.) Un figlio legittimo è premorto al padre e ha lasciato dei discendenti. Questi discendenti del figlio legittimo premorto concorrono con gli altri figli legittimi, più con i figli naturali, oppure, tutti i figli legittimi del de cuius sono premorti o sono incapaci o assenti; succedono per rappresentazione i loro discendenti; ebbene con i discendenti dei figli legittimi consuccedono i figli naturali sempre colle stesse regole. E fin qui nessuna difficoltà; invece la difficoltà nasce quando tutti i figli legittimi abbiano rinunziato alla eredità: in questo caso non è dubbio che i discendenti dei figli legittimi succedono iure proprio perchè noi sappiamo che nella successione della classe dei parenti legittimi mancando i figli legittimi, succedono i discenden-

ti di grado più remoto, ma qui concorrono i figli naturali; quindi il dubbio nasce sul modo di ripartire l'asse ereditario.

Quando i discendenti succedono _iure repraesentationis_ la divisione si fa allo stesso modo, come se vi fossero figli legittimi, cioè si divide l'asse ereditario per tante persone quanti sono i figli legittimi ed i figli naturali e così si ottiene la quota virile che si divide poi per metà, e una metà rappresenta la quota spettante ai figli naturali; mentre l'altra metà si accresca ai legittimi.

Ma come si farà la ripartizione nel caso che i discendenti dei figli legittimi succedono _iure proprio_? Esempio: Tizio muore lasciando due figli uno legittimo, il quale ha due figli, ed un figlio naturale; il figlio legittimo rinunzia, quindi alla successione del _de cuius_ concorrono tre persone, il figlio naturale e due discendenti legittimi. Come si deve fare la ripartizione dell'a. e.? Si deve dividerlo in tante parti quanti sono i discendenti del figlio legittimo più il figlio naturale, oppure devono essere considerati sempre i soli figli legittimi, facendo prendere nella divisione ai discendenti il posto che avrebbe occupato il loro genitore, se non avesse rinunziato?

La soluzione è controversa: ma noi crediamo che non si può dire che bisogna contare tanti capi quanti sono i discendenti dei figli legittimi, perchè in questo modo verrebbe ad essere diminuito

la porzione dei figli naturali; e d'altra parte non si può dire che i discendenti del figlio legittimo presi complessivamente debbano occupare il posto del genitore, perchè questo è il sistema della rappresentazione. Io credo invece che la legge ci dia la chiave della soluzione nell'art.° 744 che dice:

« Se i figli naturali concorrono con i legittimi o loro discendenti hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi ».

Dunque la misura della quota spettante ai figli naturali bisogna sempre ricercarla in ciò che essi avrebbero avuto se fossero stati legittimi.

Quando vi sono figli naturali in concorso con discendenti di figli legittimi che hanno rinunziato è da vedere quale porzione sarebbe loro spettata se fossero figli legittimi. Ora è agevole pensare che se i figli naturali fossero legittimi escluderebbero i discendenti del rinunziante, perchè quando ci sono nella successione soli figli legittimi, ed uno di questi rinunzia, i discendenti del rinunziante non succedono, i non rinunzianti escludono i figli del rinunziante. Dunque, se nel caso da noi esposto il figlio naturale fosse stato legittimo, avrebbe escluso i figli del rinunziante e quindi avrebbe avuto tutto l'asse ereditario; essendo invece naturale deve avere la metà di ciò che gli sarebbe spettato se fosse stato legittimo; cioè tutto l'asse ereditario deve dividersi in due parti, metà va al figlio

naturale e l'altra metà ai discendenti del figlio legittimo rinunziante. Questa è la soluzione imposta dalla lettera della legge, e diversa dalle altre due che sono state proposte.

---

## §. 26. Figli naturali in concorso con gli ascendenti, e col coniuge superstite del defunto.

I figli naturali concorrono non solo con i figli legittimi ma in mancanza di figli legittimi e discendenti di questi, concorrono anche con gli ascendenti, e qui si nota un'altra disparità di trattamento che la legge fa ai figli naturali in confronto dei figli legittimi. Mentre quando vi sono figli legittimi questi escludono dalla successione i genitori ed altri ascendenti del defunto, invece quando ci sono figli naturali questi non escludono i genitori del *de cuius*, nè gli altri ascendenti di grado più remoto, ma concorrono con essi.

I figli naturali però in concorso cogli ascendenti succedono sempre nei due terzi dell'eredità, qualunque sia il numero degli ascendenti. (art° 745.).—

Ma qui nasce quistione identica a quella fatta a proposito del concorso degli ascendenti

con fratelli e sorelle del *de cuius*. Come si calcola il terzo dovuto agli ascendenti in concorso coi figli naturali? Si calcola sui beni lasciati o su ciò che si ottiene dalla riunione di questi beni con i beni donati dal *de cuius* durante sua vita? Come ben si comprende, dalle diverse soluzioni nascono diverse conseguenze. Pongasi che una persona abbia lasciato 50.000 lire e ne abbia donato durante sua vita altre 50000. Se il terzo dovuto agli ascendenti deve calcolarsi su tutti i beni effettivamente lasciati più quelli donati, esso sarà maggiore del terzo che si ottiene calcolando solo in base a 50000, valore dei beni effettivamente lasciati. Io credo però che il terzo si deve calcolare sui beni effettivamenti lasciati più quelli donati, mentre invece per quanto riguarda la determinazione dei $\frac{2}{3}$ spettanti ai figli naturali, bisogna tener conto soltanto dei beni effettivamente lasciati. — E ciò perchè il terzo degli ascendenti è la stessa quota che spetta loro a titolo di riserva.

I figli naturali possono ancora concorrere nella successione cogli ascendenti e col coniuge superstite del *de cuius*; in questo caso la legge dice (artº 745 capov.) che riserbato $\frac{1}{3}$ per gli ascendenti e $\frac{1}{4}$ pel coniuge superstite, tutto ciò che resta spetta ai figli naturali. Cosicchè, dividendo tutta l'eredità in dodici parti, secondo il sistema

Romano, si avrà che $\frac{4}{12}$ toccheranno agli ascendenti, $\frac{3}{12}$ al coniuge superstite e i $\frac{5}{12}$ che restano spetteranno ai figli naturali.

Se il defunto non lascia discendenti legittimi, nè ascendenti, ma il solo coniuge superstite i figli naturali prenderanno $\frac{2}{3}$, e $\frac{1}{3}$ spetterà al coniuge superstite (art.º 743); se poi il defunto non lascia nemmeno il coniuge superstite, ma fratelli e sorelle od altri parenti tutti vengono esclusi dai figli naturali, i quali avranno tutta l'eredità, (art.º 747) e in ciò la nostra legge ha segnato un progresso rispetto alle altre legislazioni. Mentre la legge Francese del 1896 ammette il concorso dei figli naturali, con fratelli e sorelle del defunto, la legge nostra non ammette questo concorso.

---

## §. 27 - Diritti di successione dei discendenti legittimi del figlio naturale.

Ma che deve dirsi quando non vi siano figli naturali, ma discendenti legittimi di figli naturali?

Il de cuius ha riconosciuto Tizio come figlio naturale, e questi ha un figlio legittimo. Il figlio riconosciuto o è premorto, o è assente, o ha rinunziato, succederà il di lui figlio legittimo? Che i figli legittimi dei figli naturali possono succedere per rappre=

sentazione, non vi è dubbio: soltanto sorge dubbio sulla estensione di questo dritto successorio, giacchè l'art° 748 dice: « _I discendenti legittimi del figlio naturale premorto possono reclamare i dritti stabiliti a favore di lui negli articoli precedenti_ ». La legge concede questo diritto nel caso della premorienza soltanto, o l'estende agli altri casi nei quali è possibile la rappresentazione? cioè nei casi d'incapacità e di assenza? L'opinione dominante è che il dritto di rappresentazione in favore dei figli legittimi del figlio naturale si può ammettere in tutti i casi, in cui questo dritto è ammesso, cioè nei tre casi di premorienza, assenza, indegnità. Se la legge parla di premorienza, è perchè questa è il caso tipico di rappresentazione, e perchè ancora solo questo caso è previsto nel Codice Francese, che del resto non si occupa mai dell'assenza e dell'indegnità come casi di rappresentazione i quali anzi vengono esclusi nel sistema di quel Codice. Ma che cosa si deve dire nel caso che il figlio naturale non sia assente, nè indegno, nè premorto, ma sia rinunziante?

I figli legittimi del figlio naturale possono pretendere di succedere per dritto proprio all'avo? Alcuni hanno detto di no, perchè altro è la rinunzia, altro è la premorienza; ed anche estendendo il diritto di rappresentazione a tutti gli altri casi, altro è la successione per rappresentazione, altro è

la successione *jure proprio*. Ora la legge concede la successione per rappresentazione, non già la successione per diritto proprio e non può essere altrimenti, poichè (si dice) il rapporto di filiazione naturale è un rapporto ristretto tra genitore e figlio naturale, e non si estende oltre questi limiti. Quando si concede ai figli naturali il diritto di succedere per rappresentazione non si eccedono questi limiti, perchè il rappresentante fa le veci del rappresentato cioè quello che sarebbe nipote prende il posto del figlio; invece ammettendo che i discendenti legittimi del figlio naturale abbiano dritto alla successione dell'avo per diritto proprio, si viene ad ammettere che il rapporto di parentela non si limita più tra il genitore e figlio naturale ma si estende anche ai discendenti. —

Però noi osserviamo in contrario che in nessun luogo la legge dice che la parentela naturale non si estenda ai discendenti del figlio naturale. Il Codice nell'art.° 182 dice soltanto che il riconoscimento non produce che riguardo al genitore che l'ha fatto, ma non si dice già che produce effetto sol rispetto al figlio che è stato riconosciuto; e che quindi la parentela naturale non si estende ai discendenti legittimi di costui. Eppoi c'è un altra considerazione; posto pure che la legge limiti il rapporto della parentela naturale non solo rispetto alla persona del genitore, ma anche a quelli dei figli riconosciuti; dal momento che essa accor-

da il diritto di rappresentazione ai figli legittimi dei figli naturali, sarebbe una evidente eccezione a quella pretesa regola, per ciò che concerne la successione; poichè noi sappiamo che il diritto di rappresentazione non è un diritto trasmesso, non è un diritto che si esercita *nomine alieno*: ma è un diritto che si esercita per ragion propria; onde anche quando c'è rappresentazione, il rappresentante per succedere al *de cuius*, deve trovarsi con esso in rapporto di parentela, oltre ad avere i requisiti speciali di capacità.

Dunque se nella rappresentazione questo rapporto di parentela è stato presupposto dalla legge, perchè si deve riconoscere nel caso di successione per diritto proprio?

Non c'è nessuna ragione per distinguere perchè anche la rappresentazione è una successione *iure proprio*; ammessa la successione per rappresentazione bisogna anche ammettere la successione per diritto proprio; cosichè se il figlio naturale abbia rinunziato, i suoi discendenti legittimi hanno diritto di succedere all'avo naturale. È controverso però in quale ipotesi i discendenti del figlio naturale succedono per ragion propria; se cioè quando rinunzi il solo genitore soltanto, o quanto rinunziano tutti i figli naturali, o quando rinunziano e i figli naturali e i legittimi.

A noi sembra che solo in quest'ultima ipotesi essi abbiano diritto di succedere per ragion propria;

in concorso con i discendenti dei figli legittimi.

---

## §. 28 - Indole del diritto del figlio naturale che concorre alla successione insieme coi figli legittimi.

Qual'è l'indole del diritto dei figli naturali quando concorrono con i figli legittimi? È un vero e proprio diritto di eredità, oppure un diritto di diversa specie? La ragione di dubitare consiste in ciò che quando i figli naturali concorrono con i legittimi, la legge stabilisce riguardo a loro alcune anomalie, che sono la mancanza del possesso di diritto dei beni ereditari, e la facoltà nei figli legittimi di pagare ai figli naturali in danaro la loro quota di eredità, dimodochè essi possono eliminarli dalla comunione ereditaria.

Per il Codice Francese non c'è dubbio che i figli naturali in concorso con i legittimi non siano eredi. Anzitutto perchè chiama i figli naturali successori irregolari e poi ha espressa cura di dichiarare che i figli naturali in concorso con i legittimi non sono eredi. Tutto questo però non si trova nel Codice nostro, che non dice i figli naturali non essere eredi, e non li considera come successori irregolari; ma solo ha lasciato sussistere quelle a-

nomalie che si riscontrano nel Codice francese quin-di si è pensato da alcuni che sebbene il Codice non lo dica espressamente, pure avendo lasciato sussistere quelle anomalie che nella legge Francese si spiegano colla mancanza della qualità d'erede nel figlio na-turale, si deve ritenere che anche per il nostro Codi-ce i figli naturali in concorso con i legittimi non sia-no eredi. Invece un'opinione opposta afferma che i figli naturali sono dei veri e propri eredi. Quel-li poi che sostengono la negativa si domandano: se non sono eredi che cosa sono? Qual'è l'indole giuridica del dritto successorio che senza dubbio hanno i figli naturali in concorso con i legittimi? Il Profre. Filomusi Guelfi ha sostenuto due opi-nioni diversi in tempi diversi.

Prima insegnò che il diritto successorio dei fi-gli naturali che concorrono con i legittimi non è che un dritto di credito; poichè i figli naturali hanno dritto concorrendo con i legittimi non già ai beni ereditari, ma il valore d'una quota di essi, valore che si deve calcolare nei modi fissati dalla leg-ge; cioè il figlio naturale deve avere il valore della metà di ciò che gli sarebbe spettato se fosse stato le-gittimo; e i discendenti legittimi possono pagare in denaro oppure assegnare dei beni ereditari: nel pri-mo caso si avrà pagamento, nel secondo caso si a-vrà *datio in solutum*. Dopo lo stesso Filo-musi Guelfi modificò questa opinione, sostenen-do che il diritto successorio dei figli naturali con-

correnti con i legittimi è un legato di proprietà.

Il figlio naturale che concorre con il legittimo è un legatario *ex lege*, perchè se fosse erede avrebbe diritto a partecipare alla divisione ereditaria dei beni materiali. Come si vede chiar.ᵗᵉ, è indifferente accogliere l'una o l'altra opinione riguardo al calcolo della quota spettante al figlio naturale, o che il suo diritto sia d'eredità oppure un dritto di credito o un dritto reale a titolo di successione particolare. La quota spettantegli dovrà, sempre calcolarsi sull'attivo dell'asse ereditario depurato dalla passività; quindi qualunque opinione si segua, il figlio naturale dovrà sopportare una diminuzione della quota proporzionata, all'ammontare dei debiti ereditari. Ma la quistione diventa importante pel caso che il figlio naturale in concorso con il legittimo non abbia accettato l'eredità col benefizio dell'inventario; in questo caso se il passivo supera l'attivo dell'eredità, dovrà il figlio naturale contribuire al pagamento dei debiti ereditari anche *ultra vires*? Se il figlio naturale si considera come erede, dovrà pagare i debiti in proporzione della sua quota, anche *ultra vires*, se invece si considera come semplice legatario, di un diritto di credito o di un diritto di proprietà, ove i debiti che gravano sopra tutto l'asse ereditario siano superiori all'attivo, egli non avrà niente, ma non gli toccherà pagare alcuna cosa *de proprio*.

Noi riteniamo che il figlio naturale in concor-

so con i figli legittimi sia un vero e proprio erede; e che sia tale, lo dimostra anzitutto la mancanza nella legge nostra di quelle disposizioni che si trovano nel Codice Francese, di cui abbiamo dianzi fatto cenno. Oltre questo argomento negativo, ci sono ancora argomenti positivi. L'art. 927 dice: « I figli naturali che hanno diritto ad una parte dell'eredità in concorso con i figli legittimi debbono chiederne il possesso a questi. »

Dunque il Codice dice espressamente che i figli naturali hanno diritto ad una parte dell'eredità; se hanno dritto ad una parte dell'eredita, vuol dire che sono eredi. La stessa anomalia per cui i figli naturali non hanno la Saisine héréditaire com'è concepita dalla legge? Come un eccezione al principio generale per cui gli eredi hanno il possesso dei beni ereditarî. Se la legge avesse voluto attribuire ai figli naturali la qualità di semplici creditori della quota ereditaria, oppure la qualità di legatarî di proprietà, non vi sarebbe stato il bisogno di dire che i figli naturali che concorrono con i figli legittimi non hanno la Saisine héréditaire. Questa sarebbe stata una conseguenza che s'intendeva da sè; giacchè tutti i legatarî, appunto perchè tali non hanno di diretto il possesso dei beni, che invece devono chiedere all'erede. Ma come si spiegano le anomalie? Si

spiegano col riguardo che ha voluto usare il nostro legislatore verso la famiglia legittima.

Il nostro legislatore ha voluto che i figli naturali, concorrendo con i figli legittimi, fossero trattati molto diversamente da questi, affinchè il diverso trattamento giuridico corrispondesse alla loro inferiorità morale difronte ai figli legittimi e perciò in considerazione di questa inferiorità li ha sottoposti al dovere di chiedere il possesso agli eredi legittimi e di sottostare all'esercizio della facoltà di scelta che hanno i legittimi di pagare la loro quota di eredità in danaro o in determinati beni, cosa che secondo i principi generali non sarebbe ammissibile.

Il concetto invece che il figlio naturale abbia un diritto di credito sull'eredità non si può in alcun modo sostenere - Perchè il figlio naturale anche quando concorre con i figli legittimi, ha per la sua quota di riserva gli stessi diritti o le stesse garenzie che spettano ai figli legittimi (artº 820) ed ha per questi diritti e garenzie un'azione reale per far ridurre le donazioni o i legati che ledono la sua quota. Ora si può concepire un diritto di credito garentito da un'azione reale che non è l'azione ipotecaria? Noi sappiamo che ad ogni diritto corrisponde un'azione diretta a farlo valere. Quindi una delle due: o il diritto garentito dall'azione reale è un diritto reale, oppure l'azione reale che garentisce il diritto del figlio naturale è un'azione ipotecaria, perchè solo l'azione

ipotecaria è quella che garentisce il diritto di credito.

Ma l'azione reale che ha ogni riservatario, per tutelare la integrità di ciò che gli spetta non può considerarsi come un'azione ipotecaria, perchè manca un diritto d'ipoteca. Invece essendo il diritto dei figli naturali come degli altri riservatari garentito da un'azione reale, che non è ipotecaria ne consegue che lo stesso dritto debba considerarsi come reale. Ora se è reale nel caso di riserva, sarà reale anche in quello di successione intestata.

Talchè non resta altra possibilità o che o considerare il diritto del figlio naturale come un legato di proprietà o come un diritto di eredità.

Ma non si può dire che il figlio naturale in concorso con i figli legittimi sia un legatario di proprietà e ciò per diverse ragioni. Anzitutto per il nostro Codice (art.º 760) chi ha tutto il patrimonio od una quota parte di esso è erede, mentre è legatario chiunque non abbia l'attribuzione di tutto il patrimonio o di una quota parte. Ora che cosa la legge osserva ai figli naturali che concorrono con i figli legittimi? Assegna loro una quota del patrimonio, ed una quota, non in usufrutto, ma in proprietà. Dunque se per legge è erede chiunque ha una quota del patrimonio, e legatario chi non ha una quota, è evidente che non si può attribuire la qualità di legatario

al figlio naturale in concorso con i legittimi; perchè il figlio naturale ha diritto ad una quota. Ma il Filomusi crede di evitare questa obbiezione rispondendo che il codice stabilisce quel criterio distintivo tra erede e legatario a proposito della successione testamentaria e non a proposito della successione legittima, o _ab intestato_. Quindi, egli dice, quel criterio vale per la successione testamentaria, ma non per la successione legittima. Ma è facile rispondere: o il concetto di legato si deve restringere alla successione testamentaria, che è la sola ipotesi prevista dalla legge, ed allora non si può dire che il figlio naturale sia legatario, o si vuole estendere dalla successione testamentaria alla successione legittima ed allora bisogna estenderlo senza punto alterarlo, accettandolo come fu dato. Ciò posto è evidente che se il figlio naturale ha una quota di beni in concorso con i figli legittimi è erede, non già legatario. Nè vale invocare in contrario il diritto romano, il quale riconosceva il legato di una quota, perchè il criterio distintivo tra erede e legatario non è lo stesso nel diritto nostro.

Pel diritto romano il criterio era dato dal titolo conferito dal testamento; chi era chiamato erede era tale, ancorchè fosse istituito in _re certa_ e non nella universalità dei beni od in una quota parte; chi non era chiamato erede, ancorchè avesse avuto una quota di beni, era legatario. Invece pel nostro codice il criterio distintivo

non è il titolo, ma il fatto dell'attribuzione di una quota in proprietà o il contrario.

Ma quale difficoltà grave si oppone a far ritenere che il figlio naturale sia erede? La principale difficoltà per il Filomusi Guelfi è questa: Se il figlio naturale fosse erede non potrebbe il figlio legittimo eliminarlo della comunione ereditaria e quindi non potrebbe pagargli la quota in danaro - Ma rispondiamo: se questa è una difficoltà per concepire il figlio naturale come erede, la stessa difficoltà rimane per concepirlo come legatario; perchè il legatario di una cosa determinata - ipso iure, al momento della morte del testatore acquista la proprietà della cosa, e nessuno può dargliene in cambio un'altra.

Se Tizio è stato nominato legatario dell'immobile A, per avere quest'immobile deve chiederne il possesso all'erede, ma costui non può, invece dell'immobile A dargli una somma di danaro.

Dunque dicendo che il figlio naturale è un legatario non si toglie quella difficoltà la quale resta sempre. Bisogna quindi conchiudere che il figlio naturale in concorso con i legittimi è erede, ma sottoposto a delle anomalie che il legislatore ha voluto conservare in omaggio alla famiglia legittima.

## §.29. L'imputazione a cui sono tenuti i figli naturali.

Un'altra quistione importante nasce per l'art.° 746, pel quale i figli naturali quando concorrono sia coi legittimi che con gli ascendenti hanno l'obbligo d'imputare su ciò che loro spetta quello che hanno ricevuto dai loro genitori e sia soggetto alla collazione.

Il che in altri termini significa che da ciò che hanno diritto a ricevere debbono detrarre ciò che hanno ricevuto. Poniamo che ad un figlio naturale spettino Lire 50000 e che egli abbia avuto in dono dal genitore Lire 30000, egli non ha diritto che a Lire 20000. Questo il significato della lettera della legge; perchè imputare non significa che detrarre, sottrarre. Ma qual'è l'indole giuridica di questa imputazione? È una specie di collazione? A questo punto è bene ricordare il concetto della collazione: è l'obbligo che hanno i discendenti verso gli altri coeredi egualmente discendenti di conferire alla massa ereditaria tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto a titolo di donazione, affinchè la massa ereditaria venga ad accrescersi di questo valore e la divisione venga fatta in parti eguali; o almeno proporzionata a quella fissata dal defunto, non tenendo conto delle donazioni fatte.

La legge reputa che quando un genitore dona al figlio qualche cosa, la doni a titolo di anticipata successione, se non abbia espressa volontà contraria, e che quindi abbia inteso trattare ugualmente il figlio che ha ricevuto la donazione, e quello che nulla ha ricevuto. E per ottenere in fatto questa uguaglianza, ciascuno discendente deve conferire alla massa dei beni lasciati dal defunto tutto ciò che ha ricevuto per donazione - Questo è il concetto della collazione.

Ora, si domanda, quando la legge dice che il figlio naturale deve imputare nella sua quota ciò che ha ricevuto dal genitore, applica il principio della collazione, oppure introduce un altro istituto che ha scopi, effetti, ed indole proprie? A prima vista parrebbe che si tratti di collazione, tanto più che la legge dice: «<u>i figli naturali devono imputare tutto ciò che hanno ricevuto dal loro genitore e sia soggetto a collazione</u>», eppure non è così.

Ed eccone le ragioni:

1°.) La collazione per legge può farsi in due modi, ad arbitrio di colui che deve conferire, se si tratta di beni immobili: si possono conferire i beni in natura, e si può imputare il loro valore. Invece qui la legge non impone che l'imputazione.

2°.) Inoltre mentre la collazione è un obbligo che spetta ad un discendente di fronte ad un altro discendente e non già di fronte ad altri eredi, l'obbligo del figlio naturale d'imputare ciò che

ha ricevuto è un obbligo che gli spetta non solo di fronte ai discendenti legittimi, ma anche di fronte agli ascendenti, cioè a quelle persone che per diritto comune non possono pretendere la collazione.

3°.) L'obbligo della collazione esiste sol quanto non vi sia dispensa; invece v'è l'obbligo dell'imputazione del figlio naturale, nonostante qualunque dispensa. Ecco dunque come, stante queste differenze sostanziali, non si può dire che l'obbligo dell'imputazione del figlio naturale sia lo stesso obbligo della collazione di cui parla il Codice, quando si tratta di discendenti che concorrono con altri discendenti.

Qual'è dunque il significato di questa imputazione? La parola imputazione letteralmente non significa altro che detrazione del valore, ma giuridicamente l'imputazione può avere diversi scopi: può essere un mezzo di collazione, ma può anche avere uno scopo indipendente, speciale, ed in questo caso ha appunto uno scopo specialissimo, quello cioè di mantenere negli stessi limiti posti dalla legge la capacità di ricevere del figlio naturale. Che questa capacità non possa essere estesa al di là di quei limiti risulta da un altro articolo relativo alla successione testamentaria, l'articolo 768 che dice: <u>I figli naturali non legittimi se vi sono discendenti ed ascendenti legit</u>

<u>timi del testatore, sono incapaci di ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata</u>: » ed inoltre quando si parla della capacità di ricevere per donazione il Codice si richiama a quest'articolo. Cosicchè per far sì che la capacità del figlio naturale si mantenesse in questi stretti limiti, era necessario l'istituto dell'imputazione; perchè se questa non vi fosse, il divieto della legge di non attribuire ai figli naturali più di quanto loro essa concede, potrebbe essere frustrato.

Ora sorge a questo proposito una quistione: L'obbligo di imputare che hanno i figli naturali rispetto ai discendenti legittimi ed agli ascendenti esiste anche rispetto al coniuge superstite? Noi abbiamo visto che i figli naturali concorrono con i discendenti, con gli ascendenti, col coniuge superstite.

Ora supponiamo che non vi siano nè discendenti, nè ascendenti, ma vi sia il coniuge superstite: i figli naturali che concorrono con lui devono imputare sulla loro quota ciò che hanno per donazione ricevuto dal genitore? Volendo stare alla lettera dell'artº. 746 anche rispetto al coniuge superstite i figli naturali dovrebbero imputare sulla loro quota ciò che hanno ricevuto per donazione, giacchè la legge non fa alcuna distinzione. E molti sostengono questa opinione,

così ragionando: dal momento che il nostro legislatore non dice rispetto a chi si deve imputare, ma parla in generale, e inoltre giacchè l'art.° 746 viene dopo gli altri articoli, i quali considerano il concorso dei figli naturali con gli ascendenti, con i discendenti e col coniuge superstite, dobbiamo ritenere che questo articolo abbraccia tutti i casi indicati nei precedenti e quindi anche il concorso dei figli naturali con il coniuge superstite. Ma noi seguiamo l'opinione opposta, avuto riguardo non già alla lettera della legge, ma allo spirito di essa.

Qual è lo scopo dell'imputazione?

Di mantenere la capacità di ricevere dei figli naturali negli stretti limiti assegnati dalla legge. – Ora il figlio naturale quand'è che ha capacità limitata a ricevere per donazione o per testamento? Quando concorre con i discendenti e ascendenti; dimodochè se una persona ha un figlio naturale e non ha nè discendenti legittimi, nè ascendenti può fare tutte le liberalità che crede al figlio naturale sia per testamento sia per donazione, perchè la legge non mette alcun limite a questa sua facoltà di disporre. Dunque se è così, come poi si può obbligare il figlio naturale ad imputare nella sua quota ciò che ha ricevuto dal genitore e quindi restringere la capacità di ricevere che la legge in questo caso gli accorda senza limiti? Sarebbe un controsenso.

Perciò, concludendo; se lo scopo della legge è quello di mantenere mercè l'imputazione la capacità di ricevere del figlio naturale nei limiti da essa fissato, e questi limiti esistono nel solo concorso coi discendenti legittimi e gli ascendenti, manca la ragione per ritenere che l'imputazione debba aver luogo anche quando i figli naturali concorrono col coniuge superstite. E questo è conforme non solo allo spirito della legge, ma anche alla storia della disposizione, quale risulta dal Codice Francese, giacchè l'articolo 746 del nostro Codice Civile è stato da quel Codice riprodotto. Ora pel Codice Francese il figlio naturale deve per necessità di cose imputare, solo quando concorre con i figli legittimi e gli ascendenti; perchè per il Codice Francese non c'è possibilità di concorso di figli naturali con coniuge superstite, giacchè essi escludono il coniuge.- Perciò ancora nel Codice Francese, quando si parla di capacità a ricevere del figlio naturale, non si dice che il figlio naturale è incapace a ricevere per donazione quando concorre con i discendenti o con gli ascendenti; ma si dice semplicemente che i figli naturali non possono ricevere più di quanto la legge loro assegna. Ora se il nostro Codice non ha fatto che riprodurre la disposizione del Codice Francese, evidentemente essa non può a-

-vere significato più largo di quello che ha nel Codice Francese. Quindi nonostante che la lettera della legge, non ostante che l'articolo 746 sia posto dopo gli altri articoli in cui si considera anche il concorso del coniuge superstite; l'obbligo dell'imputazione deve ritenersi limitato, solo al caso di concorso dei figli naturali con i discendenti legittimi o con gli ascendenti.

Visto così quale sia lo scopo dell'imputazione e rispetto a chi deve farsi, resta a determinare l'oggetto di questa imputazione.

Il Codice dice che bisogna imputare tutto ciò che è oggetto di collazione. Che cosa può essere oggetto di collazione? Tutte le varie donazioni sia dirette che indirette che il padre abbia fatto a favore del figlio naturale, tranne le spese di mantenimento, di istruzione, di educazione. Ma se si deve imputare tutto ciò ch'è oggetto di collazione, non significa che si deve imputare solo ciò che è oggetto di collazione. Vi sono liberalità che non sono oggetto di collazione, ma che pure, secondo noi, debbono ritenersi oggetto dell'imputazione, attesa la diversità degli scopi di questi due istituti. La legge stabilisce che bisogna conferire le donazioni ricevute ma non i legati; e perchè? Perchè se i legati fossero oggetto di collazione mancherebbe lo scopo dell'as-

segno d'un legato. Perchè tanto vale fare un legato sottoposto a collazione, quanto non farlo, essendo uguale il risultato pratico.

Cosicchè se il testatore fa una liberalità per testamento ad un figlio, è evidente la sua intenzione di voler beneficare questo figlio a preferenza di un altro; invece quando si fa una donazione in vita ad un figlio, ancorchè la donazione debba essere soggetta a collazione si dà qualche vantaggio che la collazione non distrugga, gli si dà il vantaggio di goderne temporaneamente, dimodochè la proprietà soltanto al tempo della successione s'accresce alla massa ereditaria, ma non i frutti goduti prima del donatario il quale li ha fatto suoi.

Ora poniamo che una persona, nel testamento, faccia un legato al solo figlio naturale e non disponga di tutto il resto dell'asse ereditario. In questo caso c'è concorso di successione testamentaria e successione legittima: successione testamentaria per la parte di cui si è disposto, successione legittima per il rimanente patrimonio ereditario.

Ora il figlio naturale a cui il testatore ha fatto il legato ha diritto a concorrere alla successione legittima con gli ascendenti e i discendenti. Si domanda: nella quota che gli spetta nella successione legittima deve o no

imputare il legato? Se si trattasse di semplice collazione, non dovrebbe, ma poichè si tratta di imputazione, la quale ha per iscopo di mantenere negli stretti limiti di legge la sua capacità di ricevere, è evidente che deve conferire anche il legato; altrimenti avrebbe più di quello che gli spetta per legge, mentre ciò la legge proibisce espressamente.

Ancora; poniamo che un figlio naturale abbia ricevuto un immobile per donazione, e che questo immobile sia perito per caso fortuito prima dell'apertura della successione. La legge dice che quando si tratta di collazione il donatario dell'immobile, perito per caso fortuito non ha l'obbligo di conferire (art.° 1012); perchè scopo della collazione è di ricostruire il patrimonio del defunto, come sarebbe stato senza le donazioni. Ora se l'immobile perito non fosse stato donato; il suo valore non si sarebbe trovato nel patrimonio del defunto; perciò, se è stato donato, non deve essere nemmeno conferito. Poniamo che il figlio naturale abbia ricevuto un immobile per donazione e questo immobile sia perito per caso fortuito; si applica per l'imputazione lo stesso principio della collazione? No, perchè se scopo della imputazione è quello di mantenere negli stretti limiti la capacità di ricevere, questa capacità verrebbe ad essere estesa oltre i limiti legali, qualora si conce=

desse al figlio naturale, donatario, di non imputare lo immobile ricevuto, sol perchè perito per caso fortuito; poichè egli, nonostante il caso fortuito avrebbe ricevuto sempre qualcosa più di quanto la legge gli consente.
Quindi anche qui si imputa una cosa che non sarebbe oggetto di collazione. Infine, regola generale in materia di collazione è che il discendente che è erede, deve conferire soltanto le donazioni che ha avuto lui personalmente, invece le donazioni che il de cuius abbia fatto al coniuge od al figlio di questo discendente non sono soggette a collazione; e ciò è giusto perchè esse sono fatte ad una persona diversa di colui che succede. Invece poniamo che il de cuius che ha lasciato morendo un figlio naturale, abbia fatte delle donazioni non già al figlio naturale, ma alla moglie, ed figlio legittimo del figlio naturale; queste donazioni devono o non essere imputate nella quota spettante al figlio naturale? Secondo i principî generali della collazione, parrebbe di no, perchè donatario non è chi succede, cioè il figlio naturale. Eppure non è così; poichè c'è l'articolo 773 il quale dice che non si può fare liberalità alle persone incapaci; tra cui sono annoverati i figli naturali semplici, nemmeno per interposta persona, ed aggiunge che si reputano interposte persone; i discendenti, gli ascendenti ed il coniuge dell'incapace.

Ora applicando questa disposizione al figlio

naturale; si ha che se un genitore fa delle donazioni non al figlio naturale ma al discendente, o al coniuge di costui, in base alla presunzione stabilita dell'articolo 773, le donazioni si presumono fatte per interposta persona a favore dello stesso figlio naturale; quindi saranno valide solo nei limiti posti dalla legge; saranno nulle se eccedono questi limiti. Onde ne consegue che anche quando il figlio naturale non abbia ricevuto lui le donazioni, ma le abbia ricevuto il coniuge, o il figlio, presumendosi che le abbia ricevuto lui, per necessità di cose deve imputarle nella sua quota ereditaria. -

Ecco un altro particolare che fa differire la imputazione dalla collazione.

---

## §. 30. Su quali beni si calcola la quota del figlio naturale.

Come si calcola la quota del figlio naturale in concorso con i discendenti legittimi? Si calcola sull'*id quod relictum*, cioè sui beni effettivamente lasciati, oppure sui beni lasciati più i beni donati ai figli legittimi?

Per risolvere la quistione non si può far ricorso all'articolo 822, che per la formazione della massa ereditaria ordina di riunire fittiziamente ai beni lasciati quelli donati, perchè quest'articolo trova applicazione nei casi in cui si tratta di determinare la porzione di riserva, non quando si tratta di calcolare la quota *ab intestato*. Questa in generale si calcola *sull'id quod relictum*: sicchè per calcolarla diversamente vi deve essere una speciale ragione. Siffatta ragione vi sarebbe, nel caso nostro, se si ritiene che i discendenti legittimi, quando concorrono con i figli naturali, hanno l'obbligo della collazione, dimodochè dai beni conferiti traggano vantaggio anche i figli naturali. Poniamo per esempio; che una persona morendo lasci lire 50,000 e vi siano un figlio legittimo ed uno naturale; il legittimo avrà $\frac{3}{4}$ ed il naturale $\frac{1}{4}$.– Ma se al primo il genitore ha fatto una donazione per £10.000 senza dispensa della collazione. Senza dubbio il conferimento dovrebbe aver luogo, se ci fosse un altro discendente legittimo, ma in questo caso c'è un discendente naturale; or l'obbligo della collazione che si ha di fronte al discendente legittimo, c'è anche di fronte al discendente naturale?

Alcuni hanno detto di no perche secondo costoro l'obbligo della collazione presuppone un rapporto di uguaglianza fra i discendenti; se la colla-

zione ha per iscopo di mantenere l'uguaglianza tra i discendenti è necessario che vi sia uguaglianza fra questi discendenti, ma dal momento che vi sono discendenti legittimi e discendenti naturali, i quali per legge si trovano in condizione di disuguaglianza, la collazione non è ammessa.

Quindi poniamo che vi siano due figli legittimi ed un figlio naturale, ed uno dei figli legittimi abbia ricevuto dal genitore una donazione; il figlio legittimo dovrà fare la collazione, ma questa gioverà soltanto all'altro figlio legittimo non già al naturale. Questa opinione ha larga accoglienza, però io credo che non si deve ammetterla.

Difatti che cosa dice la legge? Che quando i figli naturali concorrono con i legittimi, hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero stati legittimi. Ora se il figlio naturale fosse stato legittimo, che cosa gli sarebbe spettato? Una quota calcolata non già sui beni effettivamente lasciati ma sui beni lasciati, più quelli donati in vita agli altri figli; quindi se deve avere diritto alla metà di tale quota, questa metà deve essere calcolata sui beni lasciati effettivamente più quelli donati, altrimenti al figlio naturale si attribuisce meno della metà della quota che avrebbe avuto se fosse stato legittimo. Perciò, affinchè il figlio naturale riceva la metà effettiva della quota che avrebbe avuto se fosse stato legittimo,

i figli legittimi anche rispetto ai naturali hanno l'obbligo della collazione.

Ma se i figli legittimi hanno l'obbligo di conferire le liberalità avute dal loro genitore, anche in confronto dei figli naturali, avranno questi lo stesso obbligo di fronte ai legittimi? La quistione non è risoluta dall'articolo 746 che impone l'obbligo della imputazione, la quale, per se stessa, come abbiamo visto, è tutt'altra cosa dalla collazione; ma dai principii generali, e da quelli proprî della collazione.

In base ai quali ci sembra non potersi negare l'obbligo dalla collazione nei figli naturali; prima perchè se han diritto alla collazione, è giusto che ne abbiano l'obbligo reciproco, e poi perchè l'articolo 1001, che impone l'obbligo della collazione non distingue tra discendenti legittimi e naturali. Che poi l'obbligo della imputazione non equivalga a quello della collazione apparirà chiaro dal seguente esempio, da cui risulterà come solo ammesso l'obbligo della collazione, l'imputazione prescritta dall'articolo 746 compirà la funzione di collazione, quando concorrano gli estremi voluti dalla legge per la collazione.

Tizio muore lasciando un figlio legittimo ed un figlio naturale; al figlio naturale donò in vita lire 1000, il patrimonio che lascia è di lire 10.000. Se il figlio naturale deve im-

putare nella sua quota ciò che ha ricevuto, ma non deve conferire è chiaro che la sua quota si dovrà calcolare su lire 10.000 soltanto; se deve conferire, la quota verrà calcolata su lire 11.000.

Onde nella prima ipotesi al figlio naturale spetterà la quota di lire 2500, metà delle lire 5000 che gli sarebbero toccate se fosse stato legittimo; e le restanti lire 7500 spetteranno al figlio legittimo. Dalle lire 2500 il figlio naturale dovrà per l'imputazione sottrarre le lire 1000 avute in donazione; cosicchè in definitiva dell'asse ereditario egli prenderà lire 1500; mentre il figlio legittimo avrà le rimanenti lire 8500.

Invece nella seconda ipotesi, la quota astratta del figlio naturale sarà rappresentata da lire 2750, cioè la metà di £ 5500 (= $\frac{1}{2}$ di £. 11.000), e quella del figlio legittimo di £. 8250: imputando poi nella sua quota le lire 1000 già avute in donazione, il naturale avrà effettivamente £. 1750, mentre il figlio legittimo avrà £ 9250.

Talchè, come risulta chiaro dall'esempio l'imputazione non rende inutile la collazione, ma costituisce un modo di effettuarla nel caso si tratti di liberalità sottoposta, oltre che a imputazione, anche a collazione. Solo quando il figlio naturale abbia avuto delle liberalita per testamento, oppure il coniuge o i figli di lui abbiano avuto donazioni dal defunto, per queste

vi sarà l'obbligo dell'imputazione, non quello della collazione.

---

## §.31. _ Il diritto di accrescimento in favore dei figli naturali.

Grave controversia v'è ancora se, rinunziando uno degli eredi, coi cui il figlio naturale concorre, la quota del rinunziante s'accresce anche a quella del figlio naturale oppure giovi solo a coloro che si trovano nello stesso grado del rinunziante, cioè gli altri discendenti legittimi, o altri ascendenti, ed in caso che questi manchino, si devolve agli eredi del grado seguente.

Il Filomusi Guelfi, nega il diritto d'accrescimento in favore dei figli naturali perchè la legge nell'articolo 946 accorda, è vero, il diritto di accrescimento ai coeredi del rinunziante che si trovano nello stesso grado; ma, siccome per grado deve intendersi non il grado di parentela, ma il grado successorio, il figlio naturale non può pretendere il diritto di accrescimento nemmeno rispetto alla quota ripudiata dal figlio legittimo, trovandosi nello stesso grado di parentela di costui, non già nello stesso grado successorio, poichè la legge

gli attribuisce diritti minori. Ma quest'opinio=
ne a noi sembra infondata; perchè se in molti
casi il diritto d'accrescimento in favore del figlio
naturale non si verifica, ciò segue non per la ra
gione ch'egli non è coerede nello stesso grado del
rinunziante; ma perchè manca l'estremo necessa=
rio pel diritto d'accrescimento, di essere cioè un ere=
de il cui diritto all'intero verrebbe limitato esclu=
sivamente dall'accettazione di chi ha preferito di
rinunziare. Esaminiamo le varie ipotesi:

1) Poniamo il concorso d'un figlio naturale
e d'un figlio legittimo: questo rinunzia: la quota
quota s'accresce al figlio naturale o si devolve
ai discendenti del rinunziante medesimo? Evi=
dentemente non s'accresce al figlio naturale; per=
chè questi non esclude i discendenti dei figli le=
gittimi, ma concorre con essi: la quota del fi=
glio naturale non è limitata dal concorso dei fi=
gli legittimi, ma dei discendenti in genere. Tal=
chè se il limite nascente dal concorso del figlio le=
gittimo sparisce colla rinunzia di costui, resta
sempre quello derivante dall'esistenza degli al=
tri discendenti legittimi.

Ma se anche questo sparisca come segue nel
caso di rinunzia da parte di tutti i discendenti
legittimi, ecco che non v'è alcun ostacolo al dirit=
to di accrescimento in favore dei figli naturali.

Questo però, ove non vi siano ascendenti del <u>de=
cuius</u>: ma se questi esistano la rinunzia del fi=

glio o dei discendenti legittimi gioverà a loro, per diritto di devoluzione: perchè il figlio naturale non esclude gli ascendenti, ma concorre con essi.

Però, in questo caso la posizione del figlio naturale diverrà migliore per via indiretta, poichè se in concorso dell'unico figlio legittimo (secondo l'ipotesi da noi fatta) avrebbe conseguito il _quarto_, ed in concorso coi discendenti di quello la _metà_, in concorso con gli ascendenti avrà diritto ai due terzi.

2). Se poi il figlio naturale concorre con più figli legittimi, la rinunzia di uno di questi producendo il diritto d'accrescimento riguardo agli altri, lo produrrà anche riguardo al figlio naturale: dovendo questo avere la metà di ciò che gli sarebbe spettato se fosse stato legittimo, è chiaro che la quota del rinunziante verrà ad accrescersi tanto ai figli legittimi che al naturale nella proporzione fissata dalla legge.

3). Poniamo ora che il figlio naturale concorra con i genitori del _de cuius_ la rinunzia di uno di questi gioverà all'altro genitore o in mancanza agli ascendenti di grado ulteriore; ma ciò segue anche qui, per la ragione che il figlio naturale deve subire il concorso non solo dei genitori, ma anche degli ascendenti di grado più remoto.

Ma se tutti gli ascendenti rinunziano, il fi-

glio naturale, come è evidente, conseguirà l'intera eredità, e per diritto d'accrescimento, non già, come si è detto, per diritto di devoluzione, perchè la devoluzione presuppone che la persona in cui favore si verifica non fosse chiamata prima della rinunzia.

4). Finalmente v'ha diritto d'accrescimento anche in caso di concorso del figlio naturale con ascendenti e coniuge superstite, ove o gli ascendenti tutti, o il coniuge, rinunzino all'eredità. Dunque, in conclusione non è vero già che l'articolo 946 non si applichi ai figli naturali, ma è vero soltanto che per l'applicazione esatta di questo articolo bisogna tener conto di varî casi di concorso, perchè non in tutti i casi si avverano gli estremi necessari pel diritto di accrescimento

---

## §32. I diritti della prole adulterina o incestuosa.

Vedemmo che condizione necessaria per la successione dei figli naturali è il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale.

Ma noi sappiamo che oltre i figli naturali sem=

plici, quelli cioè che possono essere riconosciuti o dichiarati tali giudizialmente, vi sono i figli naturali irriconoscibili, cioè i figli naturali per cui non è possibile nè il riconoscimento volontario, nè il riconoscimento forzato per via della dichiarazione giudiziale, e questi sono i figli adulterini o incestuosi.

I figli adulterini o incestuosi hanno essi diritto alla successione?

Storicamente è dimostrato che il Diritto Romano non concedeva ai figli adulterini o incestuosi un diritto alla successione. Soltanto il Diritto Canonico riconobbe loro un semplice diritto agli alimenti.

Il nostro Codice, come il Codice Francese, si è uniformato alla legislazione Canonica e ha ammesso che i figli adulterini o incestuosi abbiano diritto agli alimenti (articolo 752).

Ma quali condizioni debbono concorrere? Naturalmente non basta essere in fatto figlio adulterino o incestuoso di una persona per poter pretendere gli alimenti, ma è necessario che questo sia legalmente constatato. Ora a prima vista parrebbe impossibile la constatazione legale di questo fatto, dal momento che non è possibile nè il riconoscimento, nè la dichiarazione giudiziale.

La legge però prevede certi casi in cui la qualità di figlio adulterino o incestuoso risulta legalmente: senza che vi sia nè riconoscimento

volontario nè dichiarazione giudiziale: e questi casi sono previsti dall' articolo 193.

Il primo caso, è che la paternità o la maternità risulti indirettamente da sentenza Civile o Penale.

Che vuole intendere, anzitutto, la legge quando dice: *risulti indirettamente*? Vuol significare che la sentenza non può avere per obbietto principale la dichiarazione di paternità o di maternità perchè questa è impossibile, non essendo ammessa nessuna indagine sulla paternità o maternità dei figli adulterini o incestuosi; ma si può verificare solo l'ipotesi che la paternità o la maternità risulti in via indiretta dalla sentenza la quale abbia tutt'altro obbietto principale.

Vediamo quando ciò è possibile.

Il Codice dice che la sentenza può essere civile o penale.

Il caso di sentenza civile che primo si presenta è quello concernente l'azione di disconoscimento della filiazione ch'è possibile nelle ipotesi contemplate negli articoli 161 a 165 del Codice Civile.

Ora supponiamo che un marito intenti azione di disconoscimento del figlio nato da rapporti illeciti della moglie e riesca a provare gli estremi di legge occorrenti a tale scopo. La sentenza la quale dichiara che il figlio nato dalla donna maritata non appartiene al marito, nonostante la contraria presunzione di legge, è una sentenza la quale pur avendo per

obbietto principale di disconoscere la paternità nel marito della donna che ha partorito, prova invia indiretta l'adulterinità del figlio. Perchè se il figlio partorito dalla donna maritata non è figlio del marito di lei, evidentemente è adulterino.

Un altro caso è quello dell'azione di reclamo di stato di figlio legittimo prevista dagli articoli 174, 175.

Un tale è stato iscritto nei registri dello stato Civile come figlio di ignoti; però egli ha saputo che fu partorito da donna maritata, reclama lo stato di figlio legittimo, dando la prova occorrente. Ma se viene provato in contrario che non è figlio del marito della donna che l'ha partorito, la sentenza che rigetta la domanda dell'attore, sebbene abbia per oggetto il reclamo di stato, prova per via indiretta, ma in maniera indubitabile, che chi ha reclamato lo stato di figlio legittimo è invece figlio adulterino.

La legge parla pure di sentenza penale. Quando si ha il caso di sentenza penale da cui può risultare indirettamente la qualità di figlio adulterino o incestuoso?

In caso di ratto o di stupro violento, se il ratto o lo stupro violento sia stato consumato su una persona coniugata o da una persona coniugata su persona libera; oppure il ratto e lo stupro violento siano intervenuti tra persone unite tra loro da vincoli di parentela o di affinità i quali

impedivano la celebrazione del matrimonio, senza possibilità di dispensa reale. In questi casi dalla sentenza penale che condanna il rapitore o lo stupratore può risultare, secondo le circostanze, che la prole nata dall'unione incriminata è adulterina o incestuosa.

Questo ancora può risultare da sentenza penale che condanni per adulterio, incesto, tentato infanticidio.

La seconda ipotesi prevista dall'art° 193 è che la paternità o la maternità dipenda da un matrimonio dichiarato nullo. Qui le espressioni della legge sono troppo generali: perchè è chiaro come non ogni volta che un matrimonio è annullato, i figli nati da questo matrimonio si debbono ritenere adulterini o incestuosi, potendo un matrimonio essere annullato per tante ragioni diverse dalla bigamia o dall'incesto, come per errore, per violenza, per mancanza di età legale e via dicendo; tutti fatti che producendo l'annullamento del matrimonio possono far considerare la prole nata da esso come naturale, non già come adulterina o incestuosa. Cosicchè le parole della legge vanno limitate ai casi in cui il matrimonio è dichiarato nullo per bigamia e per incesto insanabile; perchè in questi casi è evidente che la prole nata dal matrimonio annullato è adulterina o incestuosa. A questo proposito sorge una quistione abbastanza delicata riguardo al caso di annullamento di matrimonio per impotenza del marito, ove durante il tempo dell'unione siano nati dei figli.

Si domanda: i figli nati dal matrimonio annullato per impotenza, debbono considerarsi come adulterini, oppure devono considerarsi come naturali semplici? A prima vista pare che si debbono considerare adulterini; dal momento che il matrimonio è stato annullato per l'impotenza del marito, è evidente che i figli partoriti dalla donna sono opera d'un altro, e quindi debbono considerarsi come adulterini, poichè fintanto che dura il matrimonio, il marito ha dritto alla fedeltà della moglie.

E questa è l'opinione di molti. Però altri rigettano tale opinione, facendo notare che se ciò è vero in fatto, non è vero in diritto; perchè la legge dice che il marito di della donna che ha partorito dei figli, può disconoscerli provando la sua impotenza, cosicchè qualora il marito non abbia esercitato questa sua facoltà nel tempo utile, e quindi ne sia decaduto per aver fatto correre i termini di legge per esperimentare l'azione di disconoscimento, non ci può esservi altra persona che possa sostenere che quei figli sono adulterini; e quindi continuerà a valere per loro la presunzione legale che sia padre il marito della donna che li ha partoriti. Quindi dovranno considerarsi come figli naturali semplici. Noi troviamo giusta questa opinione, ma per una ragione diversa, ed è che, annullato il matrimonio per impotenza del marito, non si

può dire che la donna abbia mai commesso adulterio, giacchè per la forza retroattiva della sentenza di annullamento, matrimonio non vi è mai stato, e quindi manca l'estremo necessario per aversi l'adulterio.

Il terzo caso previsto dalla legge è quello in cui la paternità o maternità risulti da una dichiarazione scritta dai genitori. Come può avvenire questo? Noi abbiamo detto che il riconoscimento dei genitori è vietato; ma questo divieto che significato ha? Significa impossibilità del riconoscimento? No, significa invece inefficacia giuridica del fatto medesimo.

Quindi ben può avvenire che un uomo coniugato riconosca come figlio chi non è nato dalla moglie; o la donna maritata dichiari d'essere madre di un figlio riconosciuto già come proprio da persona diversa del marito; o che si riconosca la prole esser nata dall'unione con persona che sia parente o affine nei gradi in cui non è possibile la dispensa reale.

Questo atto non varrà a produrre gli effetti propri del riconoscimento, ma varrà come come mezzo di prova della filiazione adulterina o incestuosa. Simile dichiarazione può essere fatta per atto pubblico o privato, per lettera, per testamento olografo e via dicendo. (1.)

(1) La giurisprudenza ha interpretato largamente l'art.° 193 ritenendo che non sia necessaria la dichiarazione di paternità diret

Questo agli alimenti in favore dei figli adulterini o incestuosi. — sono i casi in cui la legge ammette il diritto agli alimenti in favore dei figli adulterini o incestuosi.

Ma in che consiste il diritto agli alimenti? La legge non dice se per alimenti s'intende soltanto il vitto, il vestito e l'abitazione, oppure qualche altra cosa di più. Ma è comune opinione che per alimenti si intende non solo il vitto, il vestito, l'abitazione, ma anche ciò che occorre per l'istruzione necessaria per apprendere un mestiere, un arte, una professione, e ciò si argomenta anche dall'articolo 846 del Codice Civile.

Quali sono i criteri per determinare la misura degli alimenti?

Il Codice parlando di alimenti in generale, pone per principale criterio il bisogno dell'alimentando; non c'è diritto agli alimenti se non c'è il bisogno di colui che deve essere alimentato. Ora il bisogno nel tempo stesso che è base e presupposto giuridico del diritto agli alimenti, è, anche, criterio per determinare la misura degli alimenti medesimi; cioè la somma dovuta a titolo di alimenti dovrà essere proporzionata ai bisogni.

Però il Codice che ha stabilito questo criterio, quando parla degli alimenti in generale, tace a proposito del diritto agli alimenti dei figli adulterini o incestuosi durante la vita dei genitori, a pro-

ta a solo scop., ma forsi anche quella incidentale rivolta anche ad un terzo: così p. es. nel caso che il padre scriva al direttore di un convitto chiedendo notizie di suo figlio A.

posito della successione. Perciò alcuni credono che quando si tratti di figli adulterini o incestuosi, non occorre nella determinazione del diritto agli alimenti, l'elemento del bisogno. Ma noi riteniamo errata simile opinione, perchè il diritto degli alimenti a chiunque compete, per sua intrinsica natura è tale da presupporre lo stato di bisogno. Quindi se i figli adulterini o incestuosi siano in condizioni tali da non avere bisogno, sia pure perchè esercitano un'arte, un industria, una professione essi non hanno diritto agli alimenti.

Un altro criterio che riguarda la determinazione degli alimenti in generale; è la proporzione colle sostanze di colui che ha il dovere di prestare gli alimenti. Non basta che una persona sia in stato di bisogno per potersi rivolgere contro un altra per avere gli alimenti, ma è necessario che quest'altra sia in condizioni tali da poter provvedere ai bisogni dell'alimentando, dopo aver provvisto ai proprî.

Quindi oltre al bisogno dell'alimentando, occorre che ci sia qualche cosa nel patrimonio dell'alimentante; perciò un'altro criterio per la misura degli alimenti dovuti ai figli adulterini o incestuosi è che questi non solo debbano aver bisogno, ma è necessario che il genitore a cui si rivolgono abbia sostanze sufficienti per poter provvedere all'alimentando come è stabilito nell'art.° 752.

Finalmente il terzo criterio che è pure indicato dall'articolo 752, ed è proprio del nostro caso, perchè i criterî ricordati sin'ora riguardano tutti gli alimenti in generale, è che gli alimenti non solo debbono essere determinati in base alle sostanze del padre o della madre ma devono essere proporzionati alla qualità e al numero degli eredi legittimi. Cioè la quantità dovuta a titolo di alimenti sarà in ragione inversa della qualità e del numero degli eredi legittimi.

Il minimo sarà dovuto, se gli eredi siano i figli legittimi, il massimo se eredi siano i parenti del 10° grado, o lo Stato: e, a parità di condizione, il massimo sarà dovuto se erede legittimo è uno solo; crescendo il numero degli eredi decresce in proporzione la misura degli alimenti.

---

## §. 33. Indole del diritto alimentare dei figli adulterini o incestuosi.

A questo proposito sorge una quistione abbastanza grave.

Qual'è l'indole del diritto agli alimenti do-

vuti ai figli adulterini o incestuosi nella successione? È un diritto di credito, oppure è un diritto successorio? Alcuni risolvono la quistione in un senso, altri in quello opposto. Ma la quistione in questi termini è mal posta. Perchè benissimo un diritto successorio può essere anche un diritto di credito. E però gli autori che mettono la quistione in quei termini partono da un presupposto falso che il diritto successorio debba essere un diritto reale, un diritto sui beni, e quindi pongono in antitesi il diritto successorio col diritto di credito.

Ma questa antitesi è ingiustificabile, perchè il diritto successorio se ordinariamente è un diritto reale, può anche essere un diritto di credito.

Facciamo il caso di uno che per testamento lasci in legato un credito. Ebbene il legatario acquista un diritto successorio, ma l'indole di questo diritto successorio nel caso concreto è quello di diritto di credito. Quindi si può avere un diritto successorio che sia nel tempo stesso un diritto di credito, perchè diritto successorio si dice quel diritto che ha la sua causa nella successione, ha suo titolo giuridico nella morte di una persona, cosichè ogni volta troviamo un diritto che non ha altra fonte se non la morte di una persona, dobbiamo dire che è un diritto successorio, e poco importa quale sia la sua indole specifica, se un diritto di proprietà, un diritto di usufrutto, o anche un

diritto di credito. Perciò la quistione va posta in altri termini cioè in questi: Il diritto concesso dall'articolo 752 è lo stesso diritto di credito che hanno i figli adulterini o incestuosi quando è vivo il loro genitore, e che si trasmette ai suoi eredi, oppure è un diritto diverso, e quindi un diritto successorio?

Posta la quistione in questi termini, essa riesce importante per diversi effetti pratici.

Ne noterò uno solo per brevità: se il diritto spettante ai figli adulterini è un diritto successorio, cioè un diritto che ha per causa la morte del genitore, allora per vedere se essi possano conseguirlo o no, bisogna applicare le regole generali della successione; quindi se il figlio adulterino o incestuoso abbia commesso un fatto che costituisce indegnità a succedere, esso nonostante si verifichi uno dei casi previsti dall'articolo 193, non potrà pretendere gli alimenti, perchè per invocare un diritto successorio, bisogna avere capacità a succedere, e quindi non bisogna essere indegno.

Invece se i figli adulterini o incestuosi non hanno un diritto nuovo, ma hanno lo stesso diritto che avevano contro il genitore vivente, e che si è trasmesso agli eredi come ogni altro diritto di credito, poco importa la loro indegnità a succedere; essi avranno sempre questo diritto.

Ma perchè sorge la questione?
La questione sorge per la ragione che non si può concepire la trasmissione del credito alimentare. Il credito e il debito alimentare sic come presuppongono un rapporto personale tra chi è debitore e chi è creditore, così non sono trasmissibili, perchè non è trasmissibile la qualità personale che ne è la base. Tutti i crediti alimentari derivanti ex lege sono crediti intrasmissibili, e perciò tutti i debiti alimentari si estinguono colla morte di colui che è obbligato. Quindi posto questo principio generale, nasce il dubbio se l'articolo 752 abbia voluto farvi eccezione, cioè abbia voluto ammettere un caso di trasmissione di credito alimentare, che per se stesso sarebbe intrasmissibile, oppure ha voluto costituire un diritto nuovo, un vero diritto successorio. Ora a me sembra (sebbene se ne possa anche dubitare, ed io stesso ho dubitato lungamente) doversi ammettere che qui si tratta di un diritto nuovo, di un diritto successorio, e non già di un diritto di credito trasmesso dal genitore ai suoi eredi. Perchè questo? Non per ragione d'indole razionale, perchè la legge può fare quello che vuole, e quindi rendere trasmissibile un diritto che per se stesso sarebbe intrasmissibile, ma per le parole contenute nell'articolo 752 il quale dice che gli alimenti saranno assegnati in proporzione delle sostan-

se del padre o della madre e del numero e della qualità degli eredi legittimi. E perchè? Se fosse un diritto di credito che si trasmette dal genitore obbligato al suo erede, su che cosa si dovrebbe calcolare la quantità degli alimenti? Non si dovrebbe calcolare più sulle sostanze del padre o della madre; questo calcolo sarebbe giusto qualora il genitore fosse vivente, ma dacchè è morto il calcolo si dovrebbe fare sulle sostanze dell'erede, perchè per principio generale gli eredi in quanto debbono rispondere dei debiti del loro autore, rispondono con tutte le sostanze, anche con quelle personali, se non hanno compiuto l'accettazione col beneficio d'inventario. Quindi se fosse un credito trasmesso dal padre all'erede, la misura degli alimenti si dovrebbe calcolare sul patrimonio dell'erede quale risulta dalla confusione ereditaria, perchè debitore non sarebbe più il padre o la madre morta, ma l'erede. Invece la legge nonostante questo principio generale, dice che gli alimenti si devono calcolare sempre in base alle sostanze del padre o della madre, cioè sulle sostanze effettivamente lasciate. Cosicchè se niente vi sia nel patrimonio del defunto, ancorchè gli eredi abbiano accettato l'eredità puramente e semplicemente, essi non sono tenuti a pagare questo debito. Dunque non è un debito ereditario, un debito che si è trasmesso dal genitore ai suoi eredi, ma è un vero dirit-

to successorio perchè come tutti gli altri diritti successorii si calcola sull'*id quod relictum*» sull'asse ereditaria. Un'altra ragione è che se fosse un diritto di credito trasmesso dal defunto ai suoi eredi, per determinare la misura degli alimenti, si dovrebbero seguire gli stessi criterii che se i genitori fossero viventi. Ora se i genitori fossero viventi i criterii da tener presenti sarebbero due: i bisogni del figlio e le sostanze del padre, invece qui al criterio delle sostanze paterne o materne, e a quello del bisogno del figlio, viene aggiunto il criterio del numero e della qualità degli eredi legittimi. Ora se si tien conto della qualità e del numero degli eredi legittimi, è evidente che si ha un diritto successorio, perchè soltanto quando si tratta di determinare la misura di un diritto successorio, la legge tien conto del numero e della qualità degli eredi. Invece se si trattasse di credito, non si dovrebbe di ciò tenere nessun conto; perchè il credito si trasmette come ogni altro obbligo dal defunto ai suoi eredi senza alterarsi per riguardo alla qualità e al numero degli eredi stessi. Dunque per queste considerazioni che si basano sulla lettera della legge, io credo che sia un vero diritto successorio di natura creditoria, cioè un diritto di credito che ha sua causa, o titolo giuridico sulla successione *causa mortis*. Così il diritto successorio dei figli adulterini o incestuosi è simile solamente pel contenuto a quello

loro spettante durante la vita del genitore, ma, la causa giuridica è diversa; durante la vita del genitore la causa è il rapporto di filiazione, dopo la morte del genitore la causa giuridica è la successione causa mortis. Ammesso questo concetto ne derivano varie conseguenze: essendo un diritto necessario, la misura di questo diritto, viene stabilita invariabilmente al momento dell'apertura della successione, mentre se fosse un diritto di credito il diritto agli alimenti sarebbe variabile, col variare delle sostanze dei debitori. Quindi anche se dopo la morte vi siano variazioni nelle sostanze, lasciate dal defunto, come nel caso d'un incendio, d'un terremoto, che distrugga una parte di esse, la misura degli alimenti una volta fissata rimane immutata. Ancora un'altra conseguenza importante è questa: supponiamo che al momento della morte non si verifichi l'estremo del bisogno nei figli adulterini o incestuosi, ma si verifichi dopo; se si trattasse di un semplice diritto di credito trasmesso dal defunto nei suoi eredi si dovrebbe ritenere che in qualunque momento si verifica l'estremo del bisogno, i figli adulterini od incestuosi avrebbero diritto a domandare gli alimenti; invece considerandolo come un diritto successorio, occorre che tutti gli estremi concorrano al tempo della morte del genitore, dimodoché se in questo tempo i figli incestuosi o adulterini non avevano bisogno, ma questo sorga dopo, non hanno contro chi rivolgersi. Peró se

queste sono le conseguenze vere, ve ne sono altre rilevate dagli autori, ma che sono false. Gli autori infatti che partono dal concetto erroneo che ogni diritto successorio sia un diritto reale, quando dicono che il diritto dei figli adulterini o incestuosi attribuito dall'articolo 752, sia un diritto successorio, vengono alla conseguenza che i figli adulterini o incestuosi hanno un diritto reale sui beni ereditari. Cosichè possono far valere il loro diritto non solo contro gli eredi, ma anche contro i terzi che posseggono beni ereditari.

Ora questo è inesatto. Dal momento che il diritto agli alimenti è un diritto di credito, non si può far valere contro i terzi; e poco importa che esso abbia sua causa giuridica nella successione, giacchè, come abbiamo detto, non è necessario che il diritto successorio sia anche un diritto reale. Solo si può dai figli incestuosi o adulterini ricorrere al rimedio dell'iscrizione a titolo di separazione del patrimonio dell'erede da quello del defunto giusto gli articoli 2054 e seg.

Così si ottiene l'effetto d'impedire non solo il concorso dei creditori dell'erede, ma anche le distrazioni che costui volesse compiere dei beni ereditari in danno dei figli incestuosi o adulterini, creditori degli alimenti

---

## § 34. Il diritto agli alimenti dei figli naturali semplici non riconosciuti

Abbiamo esaminato quale diritto compete ai figli naturali semplici quando c'è stato il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale. Ora poniamo che un figlio naturale non sia stato riconosciuto, nè dichiarato tale per sentenza, ma la sua qualità risulti soltanto indirettamente da sentenza civile o penale, da matrimonio dichiarato nullo, da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori che non possa valere come formale riconoscimento; in questi casi quale è il diritto spettante al figlio naturale? Non gli spetterà certamente il diritto che la legge accorda ai figli naturali riconosciuti o dichiarati per sentenza giudiziale; ma d'altra parte si può dire che non gli spetti nemmeno il diritto attribuito ai figli adulterini od incestuosi, perchè egli non è adulterino o incestuoso? In altre parole il diritto accordato dallo articolo 193 e dallo articolo 752 ai figli adulterini o incestuosi, spetta, sebbene la legge taccia, anche ai figli naturali semplici, ove la loro qualità risulti in uno dei modi previsti dall'articolo 193?

L'opinione prevalente è nel senso affermativo. Ciò si argomenta anzitutto dalla lettera dell'articolo 193 che dice:

« <u>Nei casi in cui il riconoscimento è vie</u>=

<u>tato, il figlio non è mai ammesso a fare indagini nè sulla paternità nè sulla maternità. Tuttavia il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere gli alimenti.</u> » Come si vede, la legge non dice figlio adulterino e incestuoso ma dice figlio naturale; dunque ha adoperato una frase in cui può comprendere tanto il caso del figlio adulterino o incestuoso quanto quello quello del figlio naturale semplice.

C'è poi oltre questo argomento letterale un argomento derivato dallo spirito della legge.

Sarebbe strano ritenere che la legge la quale si mostra avversa in generale ai figli adulterini o incestuosi; in questo caso abbia voluto favorire più i figli adulterini o incestuosi che i figli naturali semplici: perchè quando la filiazione naturale risulta in uno dei modi indicati dall'articolo 193, i figli naturali semplici non avrebbero diritto agli alimenti, mentre i figli adulterini ed incestuosi lo avrebbero. Inoltre si osserva che estendendo l'articolo 193 anche ai figli riconoscibili, ma non riconosciuti, non si viene già ad estendere per analogia quella disposizione di legge, il che non è permesso, ma si ricorre soltanto all'interpetrazione estensiva. Quando si usa l'interpetrazione analogica, si estende il pensiero del legislatore dai casi previsti, ai casi non previsti: invece quando si adopera l'interpetrazione estensiva non si estende il pensiero del legislatore; ma solo la

parola della legge, perchè in questa parola si ravvisa compreso il caso che apparentemente non sarebbe compreso. Ora se la legge per i figli incestuosi o adulterini ha concesso il diritto agli alimenti nei casi previsti dall'articolo 193, a maggior ragione si deve ritenere che abbia voluto riconoscere questo diritto ai figli riconoscibili ma non riconosciuti, quando si trovano nelle stesse condizioni poste dall'articolo 193.

E se questo è indubitato nel caso del diritto agli alimenti durante la vita del genitore, lo stesso deve dirsi per il caso che il genitore sia morto, perchè le stesse ragioni sussistono in entrambi. Infatto l'articolo 752 non fa altro che estendere il diritto agli alimenti spettanti in vita del genitore, al caso della morte, cioè rende diritto successorio quello che era per sua natura diritto di credito intrasmissibile passivamente, quindi le ragioni che valgono per ritenere che competono ai figli riconoscibili, ma non riconosciuti, i diritti spettanti ai figli adulterini o incestuosi durante la vita del genitore, varranno anche per accordare ai figli riconoscibili ma non riconosciuti, lo stesso diritto successorio sanzionato dall'articolo 752

---

## §. 35. Successione ai figli naturali. I vari casi

Passiamo ora ad esaminare la successione nell'eredità del figlio naturale, considerando le diverse ipotesi che si possono verificare.

Se il figlio naturale si è formato una famiglia legittima, e morendo lascia figli legittimi o discendenti da essi, la sua eredità sarà a questi devoluta secondo le regole della successione legittima. Così ancora se il figlio naturale lascia soltanto figli naturali i discendenti legittimi da questi, l'eredità sarà sempre ai medesimi devoluta. In entrambi i casi il genitore del figlio naturale morto viene escluso dalla successione. Se il figlio naturale però non lascia nè prole legittima, nè prole naturale, ma soltanto genitori naturali, la eredità sarà devoluta per capi ai medesimi, nel caso che sia stato da entrambi riconosciuto o dichiarato loro figlio; ma se sia stato riconosciuto o dichiarato figlio solo rispetto ad uno, questi gli succederà per intero. (articolo 750).

Se infine il figlio naturale lascia ambedue i genitori o uno di essi; e il coniuge, la sua eredità si devolve per metà al coniuge, per l'altra metà al genitore od ai genitori naturali di cui sia stato dichiarato o riconosciuto figlio, i quali

si divideranno per capi la metà loro devoluta (articolo 751) Se lascia il solo coniuge, questi avrà diritto all'intiero. Fuori dei casi indicati, nessun'altra persona ha diritto di succedere ab intestato al figlio naturale, neppure i suoi fratelli o sorelle naturali, quand'anche procreati da comuni genitori e da entrambi riconosciuti; poichè fra fratelli naturali giuridicamente non c'è nessun vincolo di parentela. Mancando quindi i discendenti legittimi o naturali, i genitori, il genitore naturale e il coniuge superstite, al figlio naturale succede lo Stato.

---

## §.36. Requisito per la successione del genitore al figlio naturale.

Quali sono i requisiti necessarî perchè il genitore naturale succeda al figlio naturale?

Perchè il genitore naturale possa succedere al figlio naturale, è necessario che ci sia o il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale, perchè così solo sorge il vincolo giuridico della parentela naturale.

Ma che dirsi quando il riconoscimento o la

dichiarazione giudiziale siano avvenuti in un tempo posteriore alla morte del figlio naturale?
Il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale posteriore alla morte del figlio naturale danno diritto al genitore di succedere oppure no?
Non vi può essere dubbio che se la sentenza intervenga dopo la morte del figlio, essa per la sua efficacia retroattiva fa sì che il genitore abbia diritto di succedere al figlio. Ma la controversia è nata rispetto al riconoscimento volontario. Vi sono varie opinioni. Alcuni dicono: Il riconoscimento fatto dopo la morte del figlio naturale è nullo per tutti gli effetti giuridici. Altri dicono: Il riconoscimento compiuto dopo la morte del figlio naturale produce effetti giuridici solo se il figlio naturale abbia figli e produce effetti in vantaggio soltanto di questi che perciò potranno succedere a chi ha fatto il riconoscimento per diritto di rappresentazione, ma non produce nessun vantaggio rispetto al genitore che lo fa. La terza opinione è che il riconoscimento del figlio naturale, anche fatto dopo la morte, produce tutti i suoi effetti giuridici e quindi anche l'effetto di fare acquistare il diritto di succedere al genitore che lo ha compiuto.

Quelli che dicono che il riconoscimento fatto posteriormente alla morte non giova a chi lo fa, ma soltanto ai discendenti del figlio naturale, in quanto conferisce a questi il diritto a succedere, si fondano su varî argomenti. E anzitutto sull'artico-

lo 186 riguardante la legittimazione che dice: «<u>Può anche aver luogo la legittimazione dei figli premorti in favore dei loro discendenti.</u>»

Da questo articolo risulta che la legittimazione può farsi anche dopo la morte del figlio naturale; però non giova che al figlio del figlio legittimato. Ora, si dice, se la legittimazione consta di due atti, il riconoscimento, più il susseguente matrimonio, oppure il riconoscimento più il decreto reale è evidente che lo stesso effetto che la legge attribuisce alla legittimazione posteriore al matrimonio deve attribuirsi al riconoscimento posteriore alla morte del figlio naturale, cioè il riconoscimento posteriore alla morte del figlio gioverà al figlio di questo figlio naturale; ma non già a chi lo compie. Un altro argomento, tutto d'indole morale, è questo: sarebbe iniquo che il genitore, il quale fa il riconoscimento posteriormente alla morte del figlio naturale, acquistasse il diritto di succedergli; mentre egli nel tempo in cui il figlio viveva e poteva aver bisogno di lui, non ha pensato a riconoscerlo, onde è evidente che il riconoscimento fatto dopo la morte ha avuto unicamente lo scopo di ottenerne l'eredità; siffatto riconoscimento è fondato su ragioni egoistiche, è una mera speculazione e perciò non bisogna dargli efficacia vantaggiosa a chi lo fa. Il riconoscimento più che un diritto del padre, è un do-

vere nell'interesse del figlio, ed essendo tale, deve essere compiuto nel tempo in cui il padre doveva e poteva essere utile al figlio, e non quando può riceverne solo vantaggi, senza oneri corrispondenti.

Un altro argomento è tratto dalla lettera dell'articolo 750 che dice: « _Se il figlio naturale muore senza lasciare prole nè coniuge, la sua eredità è devoluta a quello dei genitori che lo abbia riconosciuto o del quale sia stato dichiarato figlio, ovvero per metà a ciascuno dei genitori se fu riconosciuto o dichiarato figlio d'ambedue_ »; Dunque (si ragiona) la legge non dice « l'eredità è devoluta a quello dei genitori _che riconosce_ » ma dice « _che abbia riconosciuto_ », cioè che abbia riconosciuto prima dell'apertura della successione; e perciò il riconoscimento posteriore non produce i suoi effetti.

Questi argomenti non sono disprezzabili; però io credo che possono essere confutati. È vero che lo articolo 196 dispone che la legittimazione posteriore alla morte del figlio naturale giova solo ai figli del legittimato, non già al legittimante, ma non si può questo articolo applicare al caso di semplice riconoscimento; perchè altro è l'indole giuridica della legittimazione, altro è l'indole giuridica del riconoscimento. Il riconoscimento è un atto eminentemente dichiarativo, di colui che riconosce di avere procreato dei figli naturali, esso

non fa che castatare la verità d'un fatto che pre-esisteva; e perciò per necessità di cose il riconoscimento ha efficacia dichiarativa e retroattiva fino al momento in cui il figlio è stato concepito; invece la legittimazione non è un atto che dichiara la verità di un fatto che preesisteva, ma è invece l'attribuzione di un diritto nuovo che prima non esisteva, quindi di sua natura non può essere retroattiva. Difatti cosa avviene per la legittimazione? Avviene che diventa legittimo il figlio che non è nato tale: quindi la legittimazione ha efficacia attributiva, non può operare che _esc nunc_. Inoltre l'articolo 196 è in correlazione degli articoli 197 e 201, nei quali si applica il principio che la legittimazione opera _esc nunc_. Dunque se in questi articoli si dice chiaramente che la legittimazione produce i suoi effetti dal giorno in cui è compiuta, la conseguenza è che se è compiuta dopo la morte di colui che si legittima, dovendo produrre i suoi effetti solo dal giorno in cui fu fatta, non può produrre effetto in favore del legittimante ma può produrli in favore dei figli del legittimato, perchè questi sono i soli effetti possibili dopo la morte del legittimato. Invece il Codice, quando parla di riconoscimento può farsi in qualsiasi tempo, anteriore o posteriore alla nascita del figlio, (articolo 181). Ora il tempo posteriore alla nascita è qualsiasi tempo, non solo quello anteriore alla morte; ma anche quello posteriore. Ma

si dice: in tal caso riesce immorale il riconoscimento che è un dovere non un diritto. Noi rispondiamo: così dovrebbe essere, ma non è, perchè se fosse un dovere giuridico si sarebbe ammessa l'indagine sulla paternità come un mezzo coattivo per farlo compiere. Inoltre se, stando alle considerazioni di ordine morale, si potesse dire che il riconoscimento è un dovere, e quindi non può essere fatto in esclusivo vantaggio del genitore, dovremmo dire anche che il genitore non possa riconoscere un figlio che per l'esercizio di un'arte, di un mestiere, di un'industria si trovi in tale stato d'agiatezza da non aver bisogno del genitore mentre costui può trarne vantaggio. Eppure anche allora il riconoscimento non è credito certamente. Ora se queste considerazioni non ci impediscono di ritenere valido il riconoscimento che non importa nessun onere, ove sia fatto in vita del figlio non ci possono impedire di pensare che sia valido il riconoscimento fatto posteriormente alla morte di colui che si vuole riconoscere. Nè infine vale osservare che il Codice parla di genitore che abbia riconosciuto. Questa forma grammaticale non significa già un'antecedenza in ordine cronologico, ma una antecedenza nell'ordine logico; cioè non c'è successione se non c'è riconoscimento; quindi logicamente il riconoscimento deve precedere la successione; ma altro è l'antecedente logico altro è l'antecedente cronologico. Poi con quella frase si può intendere

che il legislatore abbia voluto alludere al caso più comune e normale che siasi fatto il riconoscimento prima della morte del figlio naturale, senza che così venga escluso l'altro meno comune del riconoscimento postumo. Perciò crediamo che questo riconoscimento sia produttivo di tutti gli effetti giuridici e quindi non solo giovi al figlio del figlio naturale, ma giovi anche al genitore del figlio riconosciuto.

---

## § 37. Concorso di parenti legittimi e parenti naturali.

Un'altra grave quistione si presenta ancora intorno alla successione ai figli naturali. Può darsi il caso strano, ma non impossibile, che una persona abbia nel tempo stesso un genitore naturale e un genitore legittimo. Ciò può aver luogo per due cause:

1) Tizio è figlio naturale di Caio e di Sempronia i quali l'hanno riconosciuto. Ma Sempronia è passata a nozze con un'altra persona. Caio è rimasto celibe, vorrebbe legittimare il figlio naturale, ma non potendo legittimarlo per <u>subsequens matrimonium</u>, perchè l'altro genitore

naturale è passato a nozze, domanda ed ottiene la legittimazione per <u>decretum principis</u>. Così avviene che Tizio ha un genitore legittimo, Caio, perchè questi ha proceduto alla legittimazione per <u>decretum principis</u>, e un genitore naturale, la madre Sempronia.

2) Caio e Sempronia hanno contratto un matrimonio nullo, supponiamo per incompetenza dell'Ufficiale dello Stato Civile, perchè si sono sposati in un luogo piuttosto che in un altro; però uno dei coniugi, l'uomo, sapeva che l'Ufficiale dinanzi a cui sposava era incompetente, mentre la donna ignorava questo vizio. In questo caso si ha matrimonio putativo soltanto rispetto ad uno dei coniugi, cioè quello di buona fede. Cosicchè si avrà la conseguenza che a causa della buona fede della donna, il matrimonio produrrà gli effetti del matrimonio valido rispetto a questa donna e rispetto ai figli nati da essa, non già rispetto all'uomo il quale è in mala fede; cosicchè il figlio nato da quest'unione è figlio legittimo tanto rispetto al padre quanto rispetto alla madre; però la madre sola viene considerata come legittima, mentre il padre perchè era in mala fede non è che un padre naturale. Ecco come si possono dare dei casi in cui una persona abbia due genitori, uno naturale e uno legittimo. Il Codice nel caso di successione al figlio naturale contempla solo l'ipotesi di concorso

di genitori legittimi, o di genitori naturali; ma non contempla l'ipotesi di concorso del genitore legittimo col genitore naturale. Come bisogna regolare un tal caso? Bisogna ammettere il concorso del genitore legittimo col naturale o bisogna ritenere che l'uno escluda l'altro? Alcuni hanno detto che bisogna ammettere questo caso di concorso, e la ripartizione dell'asse ereditario deve farsi in due parti uguali. La quistione diviene però d'impossibile soluzione, quando in concorso col genitore legittimo e col genitore naturale si trova il coniuge superstite: questi in concorso col genitore legittimo ha diritto al terzo, in concorso col genitore naturale ha diritto alla metà: in questo caso quale sarà la quota del coniuge superstite? Avrà diritto alla metà del patrimonio od avrà diritto al terzo? Qualunque soluzione si voglia accogliere, resta sempre arbitraria, perchè non prevista dalla legge. Supponiamo ancora il caso che col genitore naturale, col legittimo e col coniuge superstite concorrano i fratelli e sorelle legittimi del defunto. Quale sarà la quota del coniuge superstite, quale quella dei fratelli o delle sorelle? Nemmeno in questo caso può aversi una soluzione fondata nella legge. Quindi gli autori che hanno voluto ammettere il concorso del genitore legittimo col genitore naturale hanno dovuto fantasticare per decidere i vari casi, perchè non hanno trovato nessun argomento fondato nella legge.

L'unica soluzione logica è quella accolta dal Filomussi Guelfi; ed è che nel caso di esistenza di genitori legittimo e genitore naturale, il genitore legittimo escluda il naturale. La famiglia legittima secondo il concetto della legge, deve avere la preferenza sulla famiglia naturale: quest'ultima è come se non ci fosse, quindi il genitore naturale non avrà nessun diritto alla successione. Così la soluzione della quistione che nei varî casi sarebbe complicatissima ed arbitraria, diviene semplice ed ossequente alla legge.

---

## D) Successione del coniuge superstite

---

### § 38. Regole generali.

Il coniuge superstite dalle antiche legislazioni non fu mai ben trattato. Giustiniano accordava colla nov. 53 al coniuge superstite povero la quarta parte dell'eredità, senza fare distinzione fra marito e moglie, poi con la novella 117, facendo distinzione fra marito e moglie, concesse la quarta parte soltanto alla vedova povera (*quarta uxoria*). Questo sistema prevalse sino al Codice Napoleonico. Soltanto il Codice Civile Italia-

no ha assegnato al coniuge superstite, senza distinzione tra marito e moglie, e senza tener conto della condizione finanziaria un diritto sull'eredità che a volte è una quota in usufrutto, a volte è una quota in proprietà, in qualsiasi caso, anche in concorso con i figli legittimi.

Questo progresso segnato dal Codice Civile Italiano fu poi imitato dalla Francia che con la legge speciale del 1891 adottò press'a poco gli stessi criteri del nostro Codice.

Vediamo quali sono le regole fondamentali e generali che si applicano in tutti i casi di concorso di coniuge superstite. Prima regola perchè il coniuge superstite possa pretendere il diritto alla successione, è che esista un matrimonio valido.

Se il matrimonio fu o può essere annullato, evidentemente colui che è coniuge superstite in base a questo matrimonio nullo, non ha diritto alla successione. Ma la quistione si presenta un po difficile quando il matrimonio annullato sia un matrimonio contratto in buona fede dal coniuge superstite, cioè un matrimonio putativo.

Si domanda; il matrimonio putativo, il quale produce tutti gli effetti del matrimonio valido, produce anche gli effetti del dritto di successione in favore del coniuge superstite, se questi era in buona fede? Vi sono stati alcuni che hanno sostenuto che il matrimonio putativo produce anche quest'effetto. Però a torto, perchè il matrimonio putati-

vo produce, è vero, gli effetti del matrimonio valido, ma fino al giorno in cui viene pronunziata la sentenza di annullamento, che ha efficacia _ex nunc_ e non _ex tunc_, come se fosse una sentenza di divorzio. Quindi ne segue che gli effetti avverati prima della sentenza restano saldi, mentre dopo la sentenza, il matrimonio essendo stato annullato non produce alcun effetto giuridico.

Accade come abbiamo detto, nè più nè meno di quello che avviene quando si pronunzia una sentenza di divorzio in quegli stati che l'ammettono. Di qui ne deriva che nel caso che un matrimonio putativo sia stato annullato prima della morte dei due coniugi, non ci può essere diritto di successione; giacchè questo è un dritto che nasce al momento della morte e che presuppone l'esistenza della qualità di coniuge in questo momento; ma che non può aversi in caso di matrimonio annullato, sia pure putativo, giacchè la qualità di coniuge è cessata con la sentenza di annullamento.

In un sol caso il matrimonio putativo può dar luogo al diritto di successione in favore del coniuge superstite di buona fede, e questo si ha quando pur essendo stato il matrimonio impugnato durante vita da un coniuge, la sentenza di annullamento sia stata pronunziata dopo la morte di uno di essi. In questo caso siccome la sentenza è emanata dopo la morte di uno dei coniugi, quando cioè il coniuge superstite di buona fede

si trova ad avere acquistato il diritto alla successione, la sentenza che viene dopo, non avendo effetto retroattivo, lascia integro il diritto di successione già acquistato.

La seconda condizione è che il coniuge che pretende il diritto di successione non sia separato legalmente per colpa propria. La separazione personale importa l'effetto di far perdere il diritto di successione a colui per colpa del quale la separazione è avvenuta.

Il diritto successorio però non si perde qualora la separazione sia avvenuta per mutuo consenso, perchè in questo caso non si può determinare di chi sia la colpa, ma si perde anche se la separazione sia avvenuta per colpa di entrambi i coniugi. (articolo 757).

Perché poi manchi il diritto di successione a causa della separazione è necessario che la relativa sentenza sia passata in giudicato prima dell'apertura della successione; e inoltre i suoi effetti non siano stati distrutti dalla seguita conciliazione. (articolo 157).

Acquistato il diritto a succedere, questo non si perde per nessuna ragione, neanche se il coniuge superstite passi a seconde nozze. Il che è vero anche quando il diritto del coninge superstite consiste in una quota d'usufrutto; perchè anche in questo caso il diritto di usufrutto è di diversa natura di quell'usufrutto che esso vanta sui beni dei

minori.

Ora solo l'usufrutto del genitore sui beni dei figli minori si perde col passaggio a seconde nozze, perchè è un diritto gravato dall'onere di pensare alla educazione e alla istruzione del figlio, onere che forse male si adempirebbe dal genitore passato a seconde nozze; non già anche l'usufrutto a titolo di successione.

Ma c'è un caso di decadenza dalla successione che riguarda soltanto la vedova. Questa se passasse a seconde nozze prima che siano trascorsi dieci mesi dalla morte del marito perde il diritto di successione, nonostante che essa l'abbia legalmente acquistato, come è stabilito dall'articolo 188 cap. —

Infine una regola generale a tutti i casi di successione del coniuge superstite è che egli deve imputare nella quota che gli spetta per legge tutto ciò che ha acquistato in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali. (art°. 756.) Ma di ciò c'intratteremo ampiamente più avanti.

---

## §. 39. I vari casi di successione del coniuge superstite.

Esposte le regole fondamentali e generali di tutti i casi di successione del coniuge super=

stite, esaminiamo brevemente quali siano tali casi.

Il coniuge superstite può concorrere: 1) con i figli legittimi del defunto, 2) con i figli legittimi e i figli naturali, 3) con gli ascendenti, 4) con gli ascendenti, fratelli e sorelle, 5) con gli ascendenti, fratelli e sorelle o figli naturali, 6) con gli altri parenti entro il 6°. grado.

Nel caso di concorso con i figli legittimi del defunto, il coniuge superstite ha diritto ad una quota in usufrutto, uguale alla porzione ereditaria spettante a ciascun figlio legittimo, computando nel numero dei figli legittimi anche il coniuge (articolo 753.)

Come si fa il computo della quota spettante al coniuge superstite?

Si divide l'eredità in tante parti quanti sono i figli legittimi più il coniuge superstite; la quota che così risulta si dà in usufrutto al coniuge superstite. Vi sono, per esempio, 5 figli legittimi. Per ottenere la quota spettante al coniuge superstite si aggiunge a 5, (numero dei figli) 1 (coniuge superstite), si avrà così 5+1 = 6; dividendo l'eredità per 6 si avrà un $\frac{1}{6}$, quota spettante in usufrutto al coniuge superstite. Perchè il coniuge superstite deve computarsi come figlio? Perchè se non si calcolasse nel numero dei figli, ne verrebbe che la quota del coniuge superstite in usufrutto sarebbe maggiore della quota che ciascun figlio le=

gittimo godrebbe effettivamente. Facciamo il caso che 5 siano i figli legittimi; se nel numero dei figli legittimi non si calcolasse il coniuge superstite, ne verrebbe che siccome i figli legittimi sono 5; 1/5 spetterebbe in usufrutto al coniuge superstite, e gli altri 4/5 dovrebbero toccare in godimento effettivo ai cinque figli; cosicchè ciascun figlio non godrebbe di 1/5: ma d'una porzione minore di quella che otterrebbe il coniuge superstite. Ecco dunque come per aversi uguaglianza tra la quota in usufrutto del coniuge superstite e la quota che ciascun figlio, potrà effettivamente godere, durante la vita del coniuge superstite, è necessario contare nel numero dei figli anche questo, e così si ottiene l'uguaglianza per ciò che riguarda il godimento della quota.

Ma la legge dice che c'è un limite massimo fino a cui può arrivare la quota del coniuge superstite ed è un quarto (articolo 753 cap. ult.). Cosicchè se il numero dei figli è di 4. 5. 6. 7. 8. si faranno tante parti quanti sono i figli più il coniuge superstite ed al coniuge spetterà una quota in usufrutto uguale a quella di ciascun figlio 1/4, 1/5 1/6, 1/7, 1/8; ma se supponiamo siano due i figli legittimi; mentre applicando il criterio generale posto dalla legge, ne verrebbe che l'asse ereditario dovrebbe andare diviso in 3 parti e quindi dovrebbe assegnarsi al coniuge superstite 1/3; a causa del limite massimo posto dalla legge, an-

che in tal caso, il coniuge superstite non può avere che un quarto. Non solo il coniuge superstite ha diritto a una quota in usufrutto e non già ad una quota in proprietà quando concorre con i figli legittimi, ma il suo diritto d'usufrutto può essere commutato, inquantochè il coniuge superstite non può pretendere d'avere l'usufrutto dei beni in natura; poichè la legge concede facoltà ai figli legittimi di commutare il diritto di usufrutto spettante al coniuge superstite nel modo stabilito dall'articolo 819, cioè assicurando una rendita vitalizia, o assegnando frutti di determinati beni immobili, o di capitali ereditari.

Nello stesso modo si determina la quota del coniuge superstite quando concorre con figli legittimi e naturali. Anche qui il coniuge superstite deve avere una porzione in usufrutto uguale a quella che spetta a ciascun figlio legittimo.

Quando il coniuge superstite concorre coi genitori o con altri ascendenti del defunto, ha diritto a 1/3 mentre gli ascendenti hanno diritto a 2/3. Come pure il coniuge superstite ha diritto a 1/3 quando concorre con fratelli e sorelle del defunto, oppure quando concorre con i soli figli naturali; quando poi concorre con gli ascendenti ed i figli naturali, il coniuge superstite ha diritto a 1/4 se proprietà, il terzo spetta agli ascen=

denti, e il resto ai figli naturali. Il Codice però non prevede un caso che pure si avvera nella pratica; il caso di concorso tra coniuge superstite, ascendenti, e fratelli e sorelle del defunto, e quindi non ci dice qual'è la quota che in questo caso spetterebbe al coniuge superstite. Perciò sono sorte diverse opinioni. Alcuni hanno detto che questo caso bisogna regolarlo con quella disposizione di legge che regola il caso analogo del concorso del coniuge superstite con gli ascendenti e coi figli naturali; se il coniuge superstite concorre con i soli ascendenti ha dritto al 3°, se concorre con i soli figli naturali ha diritto pure al 3°, ma se concorre con ascendenti e figli naturali, ha dritto al 4°. -

Dunque questa istessa disposizione di legge deve applicarsi anche nel caso in cui il coniuge superstite concorre e con gli ascendenti e con fratelli e sorelle del defunto. Altri invece sostengono, e giustamente, che l'analogia non regge, perchè altro è il caso del concorso del coniuge superstite con gli ascendenti e i figli naturali; altro è il caso di concorso del coniuge superstite con gli ascendenti e fratelli e sorelle; perchè la legge mentre pone nella stessa linea e tratta alla stessa stregua i genitori e i fratelli e le sorelle, inquantochè i genitori e i fratelli e sorelle succedono per capi e in parti uguali tranne il prelevamento di 1/3 in favore degli ascendenti, inve-

ce quando concorrono ascendenti e figli naturali, questi sono trattati diversamente, inquantochè la divisione non si fa più per capi.

Ora, si dice, giacchè la legge tratta diversamente il genitore che concorre con fratelli e sorelle e il genitore che concorre con i figli naturali del defunto, non si può estendere la regola della legge che prevede il caso di concorso del coniuge superstite con ascendenti e figli naturali del defunto, al caso non previsto del concorso del coniuge superstite con gli ascendenti, con i fratelli e le sorelle. Invece siccome la legge mette nello stesso grado successorio e tratta alla stessa stregua i genitori ed i fratelli e sorelle, lo stesso dritto che compete al coniuge in concorso col solo ascendente o in concorso coi soli fratelli e sorelle, dovrà spettare anche se concorre con entrambe queste specie di parenti; perchè tanto vale concorrere con gli ascendenti, e fratelli e sorelle, quando vale concorrere con soli fratelli e sorelle in numero maggiore, dal momento che la legge di regola divide per capi l'asse ereditario fra i genitori e i fratelli e sorelle. Dunque se al coniuge superstite spetta il 3°. in concorso coi soli ascendenti, e spetta il 3°. in concorso coi soli fratelli e sorelle, questo 3°. gli spetterà in concorso con ascendenti fratelli e sorelle. E questa è la soluzione più generalmente ammessa.

Infine se il coniuge superstite concorre con altri collaterali entro il 6°. grado, ha diritto a 2/3 in

proprietà; se non vi sono nemmeno parenti in 6° grado, ma vi sono parenti al di là del 6° grado, il coniuge superstite prende tutta l'eredità.

Questi sono i casi previsti dagli articoli 754-755.

La legge tralascia ancora un possibile caso di concorso del coniuge superstite; ed è quello con i discendenti dei figli legittimi che succedono per ragion propria; cioè quando tutti i figli rinunziano. Se uno solo rinunzia non ci può essere difficoltà. Infatti poniamo che una persona muoia lasciando 5 figli; 1/6 sarebbe la quota in usufrutto spettante al coniuge superstite. Ma uno di questi figli rinunzia: Come si dovrà calcolare la quota del coniuge superstite? Dovrà tenersi conto del rinunziante come se fosse accettante, oppure la rinunzia gioverà sia pure indirettamente al coniuge superstite? Noi crediamo con la maggior parte degli autori che la rinunzia debba giovare al coniuge, perchè la legge dice che il rinunziante si ha come non mai chiamato alla eredità; quindi se il rinunziante si ha come non mai chiamato all'eredità, la conseguenza è che non debba computarsi nel numero dei figli; quindi sebbene obbiettivamente il numero dei figli sia di 5, pure avendo uno di essi rinunziato, il loro numero è 4, e perciò il coniuge superstite invece di avere 1/6, avrà 1/5 in usu=

frutto. Ma la quistione diventa diventa di diffi=
cile soluzione, quando tutti i figli siano rinun=
zianti. In tal caso accadrà che in luogo dei fi=
gli rinunzianti succederanno i discendenti loro, per
ragion propria e non già per rappresentazione.
Se succedessero per rappresentazione non vi sareb=
be alcuna difficoltà; dovendo al rappresentante
spettare la stessa quota del rappresentato, la quo=
ta del coniuge superstite sarebbe sempre commi=
surata sul numero dei figli legittimi; ma poi=
chè i discendenti di 2° grado succedano per di=
ritto proprio alla successione, sorge la quistio=
ne per sapere come si debba calcolare la quota
del coniuge superstite, se cioè bisogna avere ri=
guardo al numero dei discendenti, o al nume=
ro dei figli sebbene rinunzianti. Poniamo che
siano 4 i figli legittimi del defunto, e tutti e
quattro rinunziano; ma ciascuno di essi ha
due figli, sicchè i discendenti di 2° grado del
defunto, ossia i nipoti sono 8. Ognuno di que=
sti nipoti succede per ragion propria e quindi
si avrà divisione per capi; cioè tutto l'asse ere=
ditario dovrà essere diviso in 8 parti. Ma co=
me deve calcolarsi la quota del coniuge super=
stite; deve calcolarsi sul numero di 8 aggiungen=
do 1, e quindi sarà 1/9 in usufrutto; oppure de=
ve calcolarsi in base al numero dei discenden=
ti di 1° grado, cioè a 4, e quindi la quota sa=
rà di 1/5 in usufrutto? La legge tace; ma d'al=

-tra parte si vede che sarebbe ingiusto calcolare la quota del coniuge superstite rispetto al numero dei discendenti di 2°. grado che succedono per ragion propria e che non sono figli. La legge stabilisce che la quota del coniuge superstite deve calcolarsi rispetto al numero dei figli legittimi e non prevede l'ipotesi che questi figli legittimi siano rinunzianti.

Se essi rinunziano, sarebbe ingiusto che la loro rinunzia pregiudichi il diritto del coniuge superstite; tanto più che questa rinunzia potrebbe essere fatta ad arte per ridurre la quota del coniuge superstite. Quindi si ritiene da tutti che, nonostante la rinunzia di tutti i figli legittimi, la quota del coniuge superstite deve misurarsi sempre sul numero dei figli legittimi e che il numero maggiore dei discendenti di essi non possa far diminuire la quota spettante al coniuge superstite. Del resto tale opinione è conforme alla lettera della legge, art°. 753, in cui si dice che quando al coniuge defunto sono superstiti figli legittimi l'altro coniuge ha sull'eredità di lui l'usufrutto di una porzione uguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge. Ora anche nel caso di rinunzia, s'avvera sempre il presupposto della legge che cioè al coniuge defunto siano superstiti figli legittimi; quindi sempre al loro numero bisogna avere riguardo.

## §. 40. Indole del diritto del coniuge superstite in concorso dei figli legittimi. –

Molte controversie nascono nel caso di concorso del coniuge superstite con i figli legittimi; e prima si presenta quella intorno all'indole giuridica del diritto del coniuge superstite. Noi abbiamo visto che mentre in altri casi di concorso, il coniuge superstite ha una quota in proprietà e quindi senza dubbio è erede come nel caso di concorso con gli ascendenti, con i figli naturali, o con i fratelli e sorelle, invece quando concorre con i figli legittimi, ha una quota in usufrutto; quindi si domanda, in questo caso è erede oppure no? La quistione è stata lungamente dibattuta. Però oggi può dirsi risoluta nel senso che il coniuge superstite in questo caso non sia erede. Quelli che hanno voluto sostenere che il coniuge superstite sia erede anche nel caso che concorra con i figli legittimi, si sono basati su vari argomenti. Prima di tutto hanno detto: se erede è colui che ha una quota dell'eredità, anche il coniuge superstite, avendo una quota, sia pure in usufrutto, sarà erede. Ancora si è detto: l'articolo 753 dice che il coniuge superstite ha sull'eredità del defunto l'usufrutto di una porzione ereditaria; ora parlando la legge

di eredità e di porzione ereditaria, evidentemente attribuisce al coniuge superstite la qualità di erede. Inoltre nell'artº. 756 si dice: « <u>Il coniuge concorrendo con altri eredi deve imputare alla sua porzione ereditaria ciò che acquista in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali</u> »; dunque se la legge parla di altri eredi con cui concorre il coniuge superstite, vuol dire che lo considera come erede. Ma queste ragioni furono facilmente confutate, poichè si osservò in contrario; 1) È vero che il coniuge superstite ha una quota, ma una quota di che? Una quota di usufrutto, non una quota in proprietà; ora quando il codice nostro stabilisce il concetto di erede intende parlare di uno che abbia l'attribuzione di quota in proprietà. - 2) Le frasi della legge contenute negli articoli 753 e 756, possono benissimo interpetrarsi in altro senso: quando la legge parla di porzione ereditaria di cui dà l'usufrutto al coniuge superstite, intende parlare di porzione ereditaria in senso obbiettivo, non già nel senso subiettivo. L'articolo 756 poi parla in generale, esso comprende tutti i casi di concorso del coniuge superstite e quindi anche quello in cui è veramente erede; dunque da questo articolo nulla si può desumere. Però bisogna notare che anche quelli i quali combattono l'opinione che il coniuge superstite sia

erede, adducono a favore della loro opinione ragioni poco valide, perchè dicono 1) non è erede perchè la Sez. V del Codice s'intitola: dei diritti del coniuge superstite „ e non dice: « dell'eredità del coniuge superstite »; dunque la legge stessa dice che il coniuge superstite ha un diritto di diversa natura del diritto d'eredità. 2) In secondo luogo non è erede perchè la legge concede ai figli legittimi la facoltà di commutare il dritto di usufrutto del coniuge superstite, il quale se fosse vero erede avrebbe diritto di partecipare alla divisione ereditaria e avere i beni in natura. Ma questi argomenti non reggono, perchè la rubrica della legge alla Sez. V non è decisiva; se dalle parole della legge si dovesse argomentare che il coniuge superstite non è erede, questo sarebbe vero non solo nel caso di concorso coi figli legittimi; ma anche negli altri casi di concorso con gli ascendenti, o con i figli naturali, o con fratelli e sorelle, perchè quella rubrica è generale. Ora siccome questo non è possibile per tutti gli altri casi in cui il coniuge superstite ha dritto a una quota in proprietà, non si può dire che dalla rubrica della legge si rilevi l'indole del dritto del coniuge superstite, nemmeno pel caso di concorso coi figli legittimi. Nè vale dire che se fosse erede

il coniuge superstite avrebbe il diritto di partecipare alla divisione, e i figli legittimi non avrebbero la facoltà di commutare il suo diritto d'usufrutto in una rendita vitalizia o in assegno di frutti di altri beni immobili, o capitali ereditari, perchè noi abbiamo visto che simile facoltà spetta anche ai figli legittimi in concorso coi figli naturali; eppure ciò nonostante i figli naturali che concorrono con i figli legittimi devono ritenersi eredi; quindi non c'è incompatibilità assoluta tra la qualità di erede e la facoltà di commutare il diritto di quest'erede. Perciò quegli argomenti sono inconcludenti. I veri argomenti invece che distruggono l'opinione di coloro che ritengono il coniuge superstite essere erede anche quando concorre con i figli legittimi, sono due; uno fondato sul concetto stesso dell'eredità quale è dato dalla legge nostra; l'altro derivante dall'incompatibilità della coesistenza del diritto di usufrutto con la qualità di erede.

Di vero perchè una persona possa essere qualificata erede, che cosa occorre? Bisogna che essa succeda nell'universum ius del defunto, succeda nell'unità astratta dei rapporti patrimoniali del defunto. Ora l'usufruttuario di una quota o anche di tutto il patrimonio succede al defunto in un solo rapporto giuridico; nel godimento dei beni; talchè succedendo in

un solo rapporto non già nella totalità dei rapporti giuridici, non si può evidentemente considerarlo erede. _

Quindi è erede unicamente colui che ha una quota in proprietà, perchè solo allora si succede in tutti i rapporti patrimoniali del defunto.

Inoltre, posto pure per un momento che l'usufruttuario di una quota di beni, possa qualificarsi erede, qual si concilierebbe la qualità dell'usufruttuario, che è di durata essenzialmente temporanea con la qualità d'erede che è di durata essenzialmente perpetua.

L'usufruttuario perchè tale ha un diritto temporaneo, l'erede perchè tale ha un diritto perpetuo. Ora temporaneo e perpetuo sono due termini antitetici e non possono conciliarsi rispetto alla stessa persona e rispetto allo stesso dritto, perciò avendo l'usufruttuario, appunto perchè tale, un diritto a termine e l'erede, appunto perchè tale, un dritto perpetuo, l'usufruttuario non può essere erede. Nè vale l'obbiezione poco seria fatta dal prof. Lomonaco il quale dice che non è nuovo il concetto dell'erede a termine. Noi abbiamo avuto, egli dice, varie legislazioni le quali hanno ammesso l'eredità gravata del fidecommesso, e l'erede gravato dal fidecommesso non è che erede a termine. Ma noi rispondiamo che il dritto nostro non ammette la possibilità

di erede gravato dal fidecommesso, non ammette per ciò stesso un erede a termine. Poco importa che astrattamente sia possibile concepire un erede a termine, se ciò non è possibile in concreto, secondo la legge che ci governa; giacchè la nostra quistione vuol risolversi non già con principi astratti, ma con quelli del diritto positivo. Ora il diritto nostro non ammette l'erede a termine; infatti c'è una disposizione la quale stabilisce che quando alla istituzione di erede si appone un termine, questo si ha come non scritto (articolo 851). Inoltre nel nostro Codice sono proibite tutte le sostituzioni fidecommissarie (articolo 891). Cosicchè nel nostro diritto vale la massima del diritto Romano: _qui semel heres, semper heres_. Perciò l'usufruttuario essendo uno che ha un diritto essenzialmente temporaneo, non può avere la qualità d'erede.

Quali sono le conseguenze della negata qualità di erede al coniuge superstite? Le conseguenze sono queste. Anzitutto se il coniuge superstite non è erede, non ha la _saisine héréditaire_, cioè non ha di diritto il possesso dei beni ereditarî, senza bisogno di materiale apprensione; e quindi deve domandare all'erede legittimo il possesso materiale dei beni. Un altra conseguenza pratica importante riguarda il pagamento dei debiti ereditari. Però su questo proposito non bisogna credere che il

coniuge superstite solo perchè non è erede non abbia l'obbligo di contribuire al pagamento dei debiti ereditarii. Questo sarebbe un errore grave perchè l'articolo 509 dispone: « L'usufruttuario d'un patrimonio o di una quota deve per intero od in proporzione della sua quota soggiacere al pagamento di tutte le annualità sì perpetue come vitalizie e degli interessi di tutti i debiti o legati di cui il patrimonio è gravato. »

Quindi o si ritenga che il coniuge superstite sia erede, o si ritenga che non sia tale, in base a quest'articolo, deve contribuire al pagamento degli interessi dei debiti che gravano sul patrimonio in proporzione della sua quota.

Ma allora dove è la quistione?

La quistione è se deve pagare, questi debiti, di annualità « intra vires » oppure « ultra vires. » Se il coniuge superstite viene considerato erede, qualora egli non abbia avuto cura di accettare l'eredità col beneficio d'inventario deve pagare gli interessi dei debiti in proporzione della sua quota, anche ultra vires, anche cioè se i frutti ch'esso percepisce non bastino al pagamento. Invece se si ritiene, come noi riteniamo, che il coniuge superstite non è erede, egli sarà obbligato a pagare gli interessi dei debiti ereditarî in proporzione del=

la sua quota a norma dell'articolo 509, ma sempre « intra vires », ancorchè non abbia compiuto le formalità dell'accettazione col beneficio d'inventario.

Ecco a che si riduce l'importanza pratica della quistione; se il coniuge superstite debba o no accettare con il benefizio d'inventario per essere tenuto al pagamento dei debiti « intra vires. Finora abbiamo esposto la parte negativa della quistione, manca ancora la parte positiva. Abbiamo detto ciò che non è il diritto del coniuge superstite in concorso con i figli legittimi, ma qual'è l'indole del diritto del coniuge superstite? Gli autori i quali negano la qualità d'erede al coniuge superstite in concorso con i figli legittimi, si dividono poi tra loro quando si tratta di determinare in via positiva quale sia l'indole del diritto del coniuge superstite. Alcuni credono che sia un diritto d'usufrutto, altri, come il Filomusi Guelfi, ritengono che il coniuge superstite non abbia un diritto reale sui beni ereditari, ma abbia un semplice diritto di credito. In ogni caso però sarebbe un legatario ex lege. L'opinione del Filomusi è rimasta isolata e giustamente, perchè si basa su un argomento che nella legge trova non già il fondamento, ma la sua confutazione. Egli dice: dal momento che i figli legittimi hanno la facoltà o di fare godere l'usufrutto in natura al coniuge superstite, oppure di dare l'equivalente sia con l'assegno di una pensione, o con l'assegno di

frutti di beni immobili o di capitali, è evidente che essi così facendo eserciteranno una « *facultas solutionis* », cioè esercitano il diritto di pagare in un modo piuttostochè in un altro. Or tale facoltà che cosa presuppone? Presuppone che la persona che viene pagata abbia diritto a un valore, cioè un diritto di credito. Se il diritto del coniuge superstite fosse un diritto reale, questo diritto reale non si potrebbe commutare in nessun modo. Il diritto reale si esercita *erga omnes* e indipendentemente dalla volontà di altre persone, qui invece il diritto del coniuge superstite si esercita in maniera dipendente dalla volontà dei figli; essi possono commutare o no la quota d'usufrutto che gli spetta. Onde data tale facoltà dei figli, il diritto del coniuge superstite si può concepire come un diritto di credito *cum facultate solutionis*; cioè un diritto di credito che ha per oggetto o la costituzione d'un frutto o un assegno corrispondente. Questa opinione ha contro di sè la legge stessa; l'articolo 819 ci fa intendere che il diritto d'usufrutto spettante al coniuge superstite non deriva dalla volontà dell'erede, ma dalla legge. I figli legittimi hanno soltanto la facoltà di commutare l'usufrutto spettante al coniuge superstite, ma non è già che essi hanno la facoltà o di costituire l'usufrutto o di pagare un assegno. Se avessero questa facoltà, allora il diritto del coniuge superstite

te sarebbe originariamente un diritto di credito; mentre originariamente invece è un diritto di usufrutto che solo può essere mutato per la volontà dei figli legittimi. Che sia così, risulta dall'articolo 819 cap. che dice:
« _fino a che il coniuge non sia soddisfatto dalle sue ragioni, conserva i suoi diritti d'usufrutto su tutti i beni ereditari_ ». Dunque è un diritto d'usufrutto che non deriva già della volontà degli eredi legittimi, cioè i debitori, ma nasce dalla legge. È un diritto che preesiste, e perchè è un diritto reale, non vale ciò che dice il Filomusi, che cioè la costituzione d'usufrutto deve spiegarsi come garenzia del diritto di credito spettante al coniuge superstite, mentre sappiamo che i diritti di credito non ammettono altre garenzie reali se non quella ipotecaria. Perciò se vogliamo attenerci alla legge dobbiamo ritenere che il coniuge superstite abbia un diritto reale sui beni ereditarii, proveniente dalla legge, e non dalla volontà dei figli legittimi; i quali possono soltanto fare estinguere il diritto reale di usufrutto col commutarlo in altro diritto.

---

## §41. La commutazione dell'usufrutto del coniuge superstite.

Come abbiamo visto, compete ai figli legittimi la facoltà di commutare il diritto d'usufrutto del coniuge superstite. Ma in quali modi si può esercitare questa facoltà? In due, secondo la lettera dell'articolo 819; o assicurando una rendita vitalizia con garenzia ipotecaria, oppure assegnando i frutti di beni immobili o capitali. Però non due in realtà sono questi modi, ma tre; perchè quando la legge dice: assegnando dei frutti di beni immobili o capitali ereditarii non si deve intendere che l'unico modo di compiere questo assegno sia lo staccare dalla comunione ereditaria alcuni beni e concederli in usufrutto, come alcuni intendono; questo può essere uno dei modi, ma ce n'è può essere un altro ed è la delegazione dei frutti civili, come pigioni, fitti, ecc...; perchè anche se si fa cessione di questi frutti si ha assegno di frutti. Quindi i modi con cui si può commutare il diritto d'usufrutto del coniuge superstite sono tre: o assicurandogli una rendita vitalizia, o staccare alcuni fondi della comunione ereditaria, dandoli in usufrutto al coniuge superstite, oppure assegnare frutti civili o naturali di immobili o capitali. Ma qual'è il modo

le giuridica dell'atto con cui si compie la commutazione del diritto d'usufrutto spettante al coniuge superstite? È importante vedere ciò per le conseguenze giuridiche che ne derivano. Ora noi riteniamo che questa commutazione è un atto che tiene luogo di divisione. Non è divisione vera e propria perchè questa si ha quando si compie la divisione fra tutti i figli legittimi e il coniuge superstite. Invece quando si esclude dalla divisione il coniuge superstite; ma si assegnano alcuni beni determinati in usufrutto, oppure una pensione vitalizia, oppure alcuni frutti civili e naturali di capitali o immobili, noi abbiamo un atto che tien luogo della divisione, perchè importa scioglimento parziale della comunione. Fintanto che non si compia quest'atto il coniuge superstite, come dice la legge, conserva tutti i diritti sui beni ereditari, cioè è in comunione con i figli legittimi, comunione che riguarda non la proprietà, ma l'usufrutto; ma quando avviene la commutazione, allora si scioglie la comunione di godimento che il coniuge superstite ha, e restano comunisti i soli figli legittimi, i quali con hanno eliminato un comunista, Ora la eliminazione di un comunista importa lo scioglimento della comunione rispetto a costui, e siccome ogni atto di scioglimento di comunione equivale a divisione, vuol dire che le stesse regole che

si riferiscono alla divisione vera e propria, bisogna applicarle anche nell'atto che tien luogo di divisione; perchè per la nostra legge, come ho dimostrato altra volta, si deve ritenere che gli atti che tengono luogo di divisione, o si facciano com unione, come transazione, o altrimenti, se producono effettivamente lo scioglimento della comunione, devono equipararsi agli atti di divisione vera e propria. La prima conseguenza che deriva da questo concetto è, che l'atto con cui si assegna una rendita vitalizia, o si assegnano dei beni in usufrutto al coniuge, non è un atto sottoposto alla trascrizione. Ancorchè la liquidazione dell'usufrutto si faccia concedendo determinati fondi in usufrutto, non si ha una vera e propria costituzione di usufrutto <u>ex novo</u>, ma un atto che tien luogo di divisione; e siccome gli atti che importano scioglimento di comunione non sono sottoposti alla trascrizione, così nemmeno questo atto vi sarà sottoposto. Un'altra conseguenza è che, se dopo fatto l'assegno, un caso fortuito distrugga una parte del patrimonio comune, il coniuge superstite che ha ricevuto l'assegno, non dovrà subire una proporzionata diminuzione; perchè rispetto a lui la divisione è avvenuta. Come quando la divisione è avvenuta fra tutti i coeredi, la diminuzione che sopravvenga in una quota non si ripartisca fra le altre porzioni ereditarie, perchè cia=

scuno deve sopportare i rischi e i pericoli della cosa propria; così il coniuge superstite quando ha avuto quel determinato assegno non deve sopportare alcuna diminuzione per fatti sopravvenuti che hanno diminuito il patrimonio ereditario. Invece, secondo alcuni, dovrebbe sopportare questa diminuzione, perchè (si dice) l'atto d'assegno non è che una liquidazione del diritto d'usufrutto; sì come se il coniuge superstite fosse rimasto in comunione e avesse goduto l'usufrutto dei beni ereditarii, naturalmente avrebbe dovuto sopportare la proporzionata diminuzione del patrimonio, così deve sopportare anche ora. Ma ciò è inesatto, appunto perchè quell'atto di commutazione è un atto che importa scioglimento dalla comunione, e quindi la parte del coniuge superstite gli viene in via definitiva assicurata.

Per la stessa ragione ancora, ove un caso fortuito venga a distruggere in tutto o in parte i beni assegnati in godimento al coniuge superstite, questi non può pretendere d'avere un supplemento.

Un'altra conseguenza derivante dall'indole dell'atto dell'assegno è che se il coniuge superstite si trovò leso oltre il quarto, allora egli ha il diritto di rescissione di questo atto per lesione oltre il quarto, come vi ha diritto qualunque condividente che sia leso nella quota spettante=

gli. Mentre se si ritiene che l'assegno con cui si è costituito il diritto d'usufrutto del coniuge superstite non sia un atto di vera e propria divisione, questo diritto di rescissione non gli spetterebbe. Ecco quali sono le importanti conseguenze pratiche che derivano dal determinare l'indole giuridica della commutazione del diritto d'usufrutto in un altro diritto. Ma perchè possa avvenire questa commutazione è necessario che ci sia l'accordo di tutti i figli legittimi. Invece supponiamo che uno dei figli legittimi non acconsenta; potrà essere costretto il coniuge superstite ad avere in due modi distinti la soddisfazione del suo diritto? cioè conservare in parte il suo diritto sui beni comuni, in parte contentarsi dell'assegno d'una rendita vitalizia? La legge non risolve la questione; ma in base ai principii generali per cui ogni creditore ha diritto a rifiutare un pagamento parziale, e allo articolo 1177 pel quale in un'obbligazione alternativa il debitore non può costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra cosa; il coniuge superstite ha diritto a pretendere che unico sia il modo di soddisfazione del suo diritto. Ma che cosa si dirà se i figli legittimi siano d'accordo, ma non siano d'accordo i figli naturali? I figli naturali non vogliono che al coniuge superstite si accordi una pensione: hanno essi questo diritto? Secondo me non l'han=

no; siccome la legge concede il diritto di commutazione ai soli figli legittimi, in riguardo appunto della loro qualità di legittimi, i figli naturali dovranno sottostare alla risoluzione presa dai figli legittimi, perchè essi come non hanno di per sè diritto di sostituire l'usufrutto con altro assegno, così non possono avere diritto di opporsi a tale sostituzione. Ma che si dirà se i figli legittimi e naturali siano d'accordo e il coniuge superstite non voglia accondiscendere? Questi non potrà opporsi e distruggere la facoltà accordata dalla legge ai figli legittimi. E se ricorso si farà al magistrato, esso potrà soltanto determinare il modo con cui la commutazione dovrà esser fatta; ma non mai negare la facoltà accordata dalla legge ai figli legittimi di fare la commutazione

---

## §.42. Su quali beni si deve calcolare la quota in usufrutto del coniuge superstite.

Una grave quistione, a cui dà luogo il concorso del coniuge superstite insieme con i figli legittimi è quella che riguarda il calcolo della sua quota. Su quali beni si deve calco-

lare: *sul quod relictum* cioè sui soli beni la=
sciati effettivamente dal defunto, oppure sul *quid relictum* più il *quid donatum*, cioè sui beni ereditarii aumentati del valore dei beni donati dal defunto ai figli legittimi, che concorrono col coniuge superstite?

La ragione della quistione si rinviene in ciò, che quando concorrono figli legittimi e coniuge superstite, i figli legittimi tra di loro si devono la collazione delle donazioni avute dal defunto, poichè principio generale in materia di collazione è che ogni discendente deve al coerede egualmente discendente la collazione dei beni avuti in vita dal defunto; quindi se i figli legittimi debbono conferire le donazioni ricevu=
te, è chiaro che la loro quota è calcolata non so=
lo sul *quid relictum* ma anche sul *quid donatum*, in quantochè ai beni lasciati si uniscono i beni donati. Ciò posto sorge sponta=
neo il dubbio se la collazione debba giovare an=
che al coniuge superstite, in quanto la legge di=
ce che la porzione del coniuge superstite in concorso con i legittimi è uguale a quella di ciascun figlio legittimo.-

Ora se la quota del figlio legittimo si calcola non sull'asse ereditario effettivamente lasciato, ma su quest'asse aumentato del valore dei beni donati, parrebbe che anche la quota del coniuge superstite, la quale dev'essere eguale a

quella dei figli legittimi, debba essere calcolata sui beni lasciati, più i beni donati. Questa quistione però vien posta male dagli autori quando la pongono nei seguenti termini.—

Il coniuge superstite ha diritto a pretendere dai figli legittimi, con cui concorre, la collazione di ciò che ad essi donò il defunto?

La quistione posta così, va risoluta subito negativamente, in quanto la collazione è un obbligo ed un diritto limitato soltanto alle persone dei coeredi discendenti.

Qualunque erede che non ha le qualità di discendente, come non è obbligato a conferire le donazioni, così non ha il diritto a pretenderne il conferimento dagli altri.

Perciò il coniuge superstite non essendo un discendente non può pretendere che i discendenti conferiscano a suo riguardo le donazioni avute.

Ma questa risposta non risolve la quistione che rimane sempre; perchè il coniuge superstite non ha diritto alla collazione, pur nondimeno potrebbe avere il diritto di calcolare la sua quota sull'asse ereditario aumentato del valore dei beni donati. Altro è il diritto di poter pretendere la così detta riunione fittizia cioè la riunione ai beni lasciati dei beni donati, altro è il diritto di poter pretendere la collazione. Vi sono casi in cui si ha diritto a pretende=

re la riunione fittizia dei beni donati alla massa ereditaria, mentre non si ha diritto alla collazione perchè diversi sono gli scopi di quegli istituti, sebbene apparentemente si confondano.– Lo scopo della riunione fittizia, come dice la parola stessa, non è quello di aumentare effettivamente la massa dei beni lasciati, ma permettere un semplice calcolo; cioè serve per determinare la quota che astrattamente ad una persona spetta; invece la collazione ha per scopo non già di determinare astrattamente la quota che a una persona spetta, ma di aumentare effettivamente la massa dei beni ereditari, cosicchè la quota astratta possa effettivamente pretendersi sui beni lasciati, aumentati dai beni donati. Perciò può avvenire che una persona abbia il diritto di pretendere la riunione fittizia, ma non abbia quello di pretendere la collazione; onde la sua quota astrattamente determinata in base alla riunione fittizia, effettivamente poi non possa concretarsi, perchè nei beni lasciati non si trova margine sufficiente. Invece quando c'è diritto e alla riunione fittizia e alla collazione, la quota determinata astrattamente trova anche una corrispondente attuazione concreta, perchè ai beni lasciati effettivamente si aggiungono i beni donati. Facciamo un esempio:

Una persona muore lasciando un patrimonio di

diecimila lire: Ha donato in vita cinquemila lire ad uno dei tre eredi che lascia. Se questi hanno diritto a pretendere la riunione fittizia, la quota di ciascuno dovrà essere calcolata su quindicimila lire, e così ciascuno avrà diritto a cinquemila lire astrattamente; ma se questi tre eredi, pur avendo il diritto di riunione fittizia, non hanno il diritto al conferimento effettivo delle lire Cinquemila, avverrà che quando vanno ad eseguire la divisione non potranno pretendere cinque mila lire ciascuno, perchè sebbene astrattamente la quota dev'essere considerata come cinque mila lire, pure effettivamente non trovano beni ereditari sufficienti per quindicimila lire, ma beni ereditari per lire Diecimila. Invece se quelli che hanno diritto alla riunione fittizia, hanno diritto anche alla collazione, non solo a ciascuno spetteranno astrattamente le cinquemila lire; ma anche effettivamente, perchè quello che ha avuto la donazione, deve mettere in comune ciò che ha ricevuto.

Ecco come altro essendo la riunione fittizia, altro la collazione; il dire che al coniuge superstite non compete la collazione non è risolvere la quistione, perchè da ciò non si desume che non abbia diritto alla riunione fittizia, essendo l'una cosa diversa dall'altra. Perciò la quistione bisogna porla nei seguenti termini: spetta al coniuge superstite il diritto alla riunione fittizia dei

beni donati ai figli legittimi, dimodochè la sua quota deve essere calcolata non già sul « _quod relictum_ ma sul _quod relictum_ più il _quod donatum_? Supponiamo che una persona morendo abbia lasciato un patrimonio di diecimila lire e che abbia donato in vita ai figli legittimi cinquemila lire. La quota del coniuge superstite si deve calcolare su diecimila lire o su quindicimila lire? Ma anche posta così la quistione, si deve risolvere in senso negativo, perchè per principio generale l'eredità è formata dal _quod relictum_; e il _quid donatum_ non è parte dell'eredità; quando una persona ha donato una cosa si spoglia del diritto di proprietà che aveva su di essa, e quindi nel patrimonio al tempo della sua morte non si trovano i valori donati; l'eredità è composta di quei beni che il defunto lascia al tempo della sua morte e di cui prima egli non ha disposto in nessun modo. Quindi se in certi casi la legge vuole che l'asse ereditario risulti formato dall' _id quod relictum_, più l' _id quod donatum_, ciò fa per eccezione al principio generale per speciali riguardi. Or se la legge a proposito del coniuge superstite questo non stabilisce, evidentemente non si deve ammettere simile eccezione non contemplata dal legislatore. La legge obbliga alla riunione fittizia dei beni donati solo quando si tratta di salvare la quota di riser-

va, che altrimenti non resterebbe integra; così quando al coniuge superstite in concorso con i figli legittimi, ascendenti o altro erede, calcolando la sua quota sull' _id quod relictum_ soltanto, non resta salvo quel _minimum_ che la legge gli concede come riservatario, potrà domandare la riunione fittizia e in conseguenza la riduzione delle donazioni. Ma se invece non si tratta di integrare la quota di riserva, cioè quel _minimum_ che la legge dà anche contro la volontà del defunto, allora non si può pretendere la riunione fittizia. Ciò risulta anche dalla lettera della legge nell'articolo 753: « _Quando al coniuge defunto siano superstiti figli legittimi, l'altro coniuge ha sull'eredità di lui l'usufrutto di una porzione ereditaria eguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge._ » Dunque il Codice parla di eredità, cioè del complesso dei beni lasciati dal defunto; parla di porzione ereditaria eguale ai figli e inoltre non dice: una porzione eguale a quella che gli sarebbe spettata se fosse figlio legittimo, ma dice: _una porzione d'usufrutto uguale a quella di ciascun figlio legittimo compreso nel numero dei figli anche il coniuge_. Mentre se dicesse « una porzione in usufrutto uguale a quella che gli sarebbe spettata in proprietà se fosse stato figlio legittimo » allora siccome il figlio

legittimo ha rispetto agli altri figli legittimi il diritto di collazione, di questa collazione verrebbe a giovarsi il coniuge superstite. Ma se questa opinione è stata accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pure non va esente da critica, perchè così non si ottiene quella uguaglianza che vi dovrebbe essere tra la quota dei figli legittimi e la quota del coniuge superstite. Perciò il legislatore Francese ha compiuto un notevole progresso rispetto al nostro, in quanto con la legge del '91, stabilì che il coniuge superstite non ha diritto a pretendere la collazione dei beni donati, ma ha diritto a pretendere la riunione fittizia di questi beni per potere calcolare la sua quota.

Quanto si è detto è vero nei casi ordinarî ma non è vero in un caso speciale; cioè quando il coniuge superstite concorre con un solo figlio legittimo. Quando il coniuge superstite concorre con più figli legittimi, si calcola la sua quota sul _quod relictum_ soltanto; ma poniamo che concorra con un solo figli legittimo, che cosa deve avere il coniuge superstite? Deve avere il quarto in usufrutto che è il _maximum_ che gli può spettare.

Ma il caso in cui il coniuge superstite concorre con un figlio legittimo nella successione intestata, coincide esattamente col caso in cui concorre con un solo figlio legittimo nella suc-

cessione testamentaria. Se il testatore nulla abbia disposto intorno al diritto del coniuge superstite, a questi spetta come quota di riserva la stessa porzione in usufrutto che spetta a ciascun figlio legittimo compreso nel numero dei figli anche il coniuge. Ma poichè la quota di riserva dei figli legittimi è la metà del patrimonio, il coniuge superstite, dovendo avere la stessa parte di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge, avrà, in caso di unico figlio, per quota di riserva la metà della metà, cioè 1/4 in usufrutto.

Cosicchè c'è coincidenza perfetta tra la quota di riserva che spetta al coniuge superstite nella successione testata e la quota che gli spetta in quella <u>ab intestato</u> concorrendo con un unico figlio legittimo. Ora data questa coincidenza, sorge spontanea la domanda se le stesse regole che la legge pone per determinare la quota di riserva del coniuge superstite nel caso di successione testata, si debbono applicare anche nel caso di successione intestata. Quando si tratta di successione testata, e il coniuge superstite concorre con un solo legittimo, il quarto in usufrutto di tutto il patrimonio come si calcola? Secondo i principi generali il coniuge superstite, avendo un diritto di riserva, lo calcola non sul quod relictum soltanto ma su ciò che è stato lasciato più ciò che è stato donato, cioè sulla massa

formata dei beni lasciati e dei beni donati, giusta il disposto dell' articolo 822. Sicchè lo istesso deve dirsi nella successione intestata dal momento che in questa il coniuge quando concorre con un solo figlio legittimo, ha la stessa quota che avrebbe nella successione testata, cioè la quota di riserva, è evidente che anche nella successione intestata, il quarto deve calcolarsi sui beni lasciati aumentati dai beni donati. Altrimenti, esso verrebbe ad avere meno della sua quota di riserva che è il minimum a cui ha dritto e che ordinariamente è una quota inferiore, non mai superiore, a quella che spetta per successione intestata. Sicchè, come si scorge chiaro, così facendo non veniamo a contraddire il principio dinanzi accolto, poiche in questo caso non si viene già a calcolare la quota *ab intestato*, ma si viene a calcolare la quota di riserva, che qui coincide con la quota *ab intestata*; mentre non coincide in tutti gli altri casi. Per meglio chiarire il concetto facciamo un esempio:

Siano 4 i figli, per determinare la quota spettante al coniuge superstite nella successione ab intestato si divide tutta l'eredità in cinque parti; e 1/5 toccherà in usufrutto al coniuge superstite se la successione è ab intestato; invece se la successione è testata, si deve dividere la metà del patrimonio in 5 parti e quindi al coniuge superstite spetterà in usufrutto 1/5 della metà

del patrimonio cioè 1/10. Dunque negli altri casi non c'è coincidenza tra quota ab intestato e quota testata. Ma se poniamo pure spettando nella successione ab intestato l'usufrutto di 1/5 del patrimonio ereditario, questo 5° concretamente non equivale al decimo, calcolato colla riunione fittizia, e che rappresenta la quota di riserva; anche in questo caso il coniuge superstite avrà diritto a pretendere la riunione fittizia. Perciò quando c'è concorso con un solo figlio legittimo, essendovi la coincidenza, che manca negli altri casi, tra la misura della quota di riserva e la misura della quota intestata; non si fa nessuna eccezione alla regola generale, se si ritiene che il quarto in usufrutto deve calcolarsi sull'asse ereditario formato della riunione dei beni lasciati e dei beni donati; ma si fa una semplice applicazione della norma generale relativa alla determinazione della quota di riserva

---

## §.43. Modo di calcolare la quota d'usufrutto del coniuge superstite quando vi siano anche figli naturali.

Quando il coniuge superstite concorre con i figli legittimi l'asse ereditario si divide in tan-

te parti quanti sono i figli più il coniuge superstite, e si assegna al coniuge superstite una quota in usufrutto uguale a quella che spetta a ciascun figlio. Ma che cosa avverrà quando il coniuge superstite, concorre con i figli legittimi, più i figli naturali? Come bisogna fare la divisione? Parrebbe che il Codice avesse risoluta la quistione, perchè c'è un capoverso speciale dell'articolo 753 in cui si prevede tale ipotesi; ma il Codice non risolve niente, anzi arreca maggiore imbarazzo, poichè dice soltanto: << <u>Concorrendo figli naturali con figli legittimi, l'usufrutto del coniuge è di una porzione uguale a quella di ciascun figlio legittimo</u>. >> Innanzitutto si presenta una differenza di locuzione tra questo capoverso e il primo comma dello stesso articolo; mentre in questo si dice che la divisione si fa in tante parti quante sono i figli, compreso nel numero di essi il coniuge, nel capoverso non si ripete più quest'ultimo inciso, dicendosi soltanto che la quota in usufrutto del coniuge è uguale a quella di di ciascun figlio legittimo. Per questo riguardo sono stati proposti varî sistemi per calcolare la quota d'usufrutto del coniuge superstite. Una prima opinione, che sarebbe confortata dalla lettera della legge, e che proporrebbe un sistema molto semplice, è quella di non

calcolare nel numero delle persone fra cui si deve dividere l'asse ereditario, il coniuge superstite. Si dividerebbe tutto l'asse ereditario per il numero dei figli legittimi più il numero dei figli naturali; dopo fatta questa divisione e determinata la quota spettante a ciascun figlio legittimo, una quota uguale a questa si darebbe in usufrutto al coniuge superstite. Facciamo un esempio: Vi sono 5 figli legittimi, 1 figlio naturale ed il coniuge superstite. Che cosa si deve dare al coniuge superstite seguendo questo sistema? L'eredità si dividerebbe tra i figli legittimi (5) più il figlio naturale, e così $\frac{1}{6}$ rappresenterà la quota virile di ciascun figlio; ma siccome il figlio naturale deve ricevere la metà di questa quota virile egli riceverà $\frac{1}{12}$, l'altra metà $\frac{1}{6}$, cioè $\frac{1}{12}$, si dividerà tra i varî figli legittimi, e così ciascuno di essi non avrà semplicemente $\frac{1}{6}$; ma avrà $\frac{1}{6} + \frac{1}{5}$ di $\frac{1}{12}$. Perciò al coniuge superstite spetterà in usufrutto: $\frac{1}{6} + \frac{1}{5}$ di $\frac{1}{12}$. Assegnata questa quota in usufrutto al coniuge superstite essa si detrae proporzionalmente dalle quote dei figli legittimi e dei figli naturali, dimodochè tutti in proporzione ne sopportano il peso. Come si vede questo sarebbe un sistema semplice e fondato sulla lettera della legge, perchè la legge nel cap. dell'articolo 753, che prevede l'esistenza dei figli naturali, non dice più che nel numero dei figli bisogna computare

il coniuge. Nè vale dire che questa frase si sottintende, perchè non c'era bisogno di aggiungere un capoverso speciale. Se si fosse voluto riprodurre la prima parte dell'articolo sarebbe bastato dire: il coniuge superstite concorrendo con figli legittimi e con figli naturali riceverà una quota uguale a quella di ciascun figlio legittimo compreso nel numero dei figli anche il coniuge. Avendo invece il legislatore parlato in due proposizioni distinte, vuol dire che alla diversità di espressioni ha inteso far corrispondere una diversità di pensiero. E a prima vista anche io avrei accolta questa opinione, se non mi fossi accorto di un grave errore che deriva adottando questo sistema; e cioè che il coniuge superstite verrebbe ad avere più di quello che avrebbe se vi fossero soli figli legittimi; il che è assurdo ed ingiusto, perchè quanto più sono i concorrenti all'eredità, tanta minore deve essere la quota di ciascuno. Se il coniuge superstite, nell'esempio fatto, avesse dovuto concorrere con i soli figli legittimi gli sarebbe spettato in usufrutto 1/6, invece seguendo il sistema proposto, concorrendo con i figli legittimi e con un figlio naturale, non avrebbe in usufrutto 1/6 ma l'usufrutto di 1/6 + 1/5 di 1/12. Ora stata questa conseguenza, è evidente la falsità della teoria, la quale perciò è da rigettarsi senz'altro, come è stata rigettata da

molti. Sicchè bisogna ammettere che quello inciso che manca nel capoverso dell'articolo 753, si deve ritenere come se ci fosse; perchè non computando nel numero dei figli legittimi anche il coniuge superstite, si avrebbe l'assurda conseguenza che abbiamo notata. Però anche quelli che ritengono doversi sottintendere quella frase, e quindi doversi sempre computare tra i figli legittimi anche il coniuge superstite, non sono d'accordo sul sistema da seguire nel calcolo. Alcuni hanno detto: Si deve computare il coniuge superstite nel numero dei figli legittimi, ma solo dopo che si è distaccata la parte spettante ai figli naturali; ciò che resta si divide tra i figli legittimi più il coniuge superstite; e così si viene ad applicare lo stesso principio posto nel primo comma dell'articolo 753. Sono cinque i figli legittimi, uno il figlio naturale, oltre il coniuge superstite. Secondo i sostenitori di questo sistema si preleva la parte spettante al figlio naturale che è la metà di $1/6$, cioè $1/12$, gli altri $5/6 + 1/12$ cioè gli $11/12$, che restano formano la parte che si divide tra i 5 figli legittimi e il coniuge superstite. La quota così risultante sarà data in usufrutto al coniuge superstite. Però questo sistema ha un grave difetto, quello di non fare contribuire i figli naturali alla forma=

zione della quota del coniuge superstite: il figlio naturale, seguendo questo sistema ha la stessa quota che avrebbe avuto se non ci fosse stato il coniuge superstite; cosicchè mentre i figli legittimi sopportano il peso del coniuge superstite, i figli naturali non sopportano alcun peso. Si risponde a questa obbiezione dicendo: ma i figli naturali ricevono meno di quello che riceverebbero se fossero legittimi, e poi si aggiunge, non è ingiusto se non sopportano il peso del coniuge superstite, il quale non ha alcuna relazione con essi; questo peso debbono sopportarlo i figli legittimi perchè il coniuge superstite è spesso il loro genitore. Ma questo ragionamento non è esatto; perchè se è vero che la quota dei figli naturali è minore di quella che avrebbero se fossero legittimi, se è vero che il coniuge superstite spesso è il genitore dei legittimi, è vero pure che più essendo i concorrenti, minore deve essere la quota spettante a ciascuno di essi. Da altri si è ricorso ad un altro sistema, secondo il quale si divide tutta l'eredità tra i figli legittimi, i figli naturali ed il coniuge superstite cioè comprendendo nel numero dei figli il coniuge superstite, ed assegnando a quest'ultimo una quota in usufrutto. Quando poi il coniuge muore, la quota assegnatagli si suddivide tra i figli legittimi ed i figli natura=

li. E riferendosi all'esempio posto si farebbe una prima divisione per 7 cioè = 5 figli legittimi, 1 naturale, 1 coniuge superstite; la quota risultante si assegna in usufrutto al coniuge; morto costui la sua quota si suddivide non più per 7 ma per 6, perchè 6 è il numero delle persone rimaste. Questo sistema però che sarebbe buono in quanto si annovera il coniuge superstite fra i figli in conformità della legge, porta ad una grave conseguenza, a quella cioè che il figlio naturale verrebbe ad avere più di quanto per legge è stabilito dovergli spettare, perchè quando muore il coniuge superstite e si fa la divisione della quota da lui goduta per 6 e non per 7, egli viene a ricevere qualche cosa di più di quello che la legge stabilisce in suo favore; perchè mentre ha subito una detrazione per 1/7 viene poi ad avere un aumento per 1/6.

Quindi a me sembra che si debba piuttosto accogliere il sistema del Pacifici Mazzoni, secondo il quale si fanno due divisioni distinte; una divisione per determinare quale è la quota in proprietà dei figli legittimi e dei figli naturali, e un'altra divisione, in cui si tien conto del coniuge superstite, e che serve a determinare quale è la quota in piena proprietà, cioè di proprietà con go=

dimento effettivo spettante a ciascun figlio legittimo e a ciascun figlio naturale. Mi spiego meglio. - Facciamo un caso di concorso di figli legittimi soli con coniuge superstite. Quando la legge dice che al coniuge superstite tocca una quota in usufrutto uguale a quella di ciascun figlio legittimo, significa forse che la legge si contenta di una sola divisione? Prima di fare la divisione per il numero dei figli legittimi compreso nel numero di essi il coniuge, essi ne fanno un'altra, perchè il coniuge superstite non ha una quota in proprietà, sibbene una in usufrutto; quindi i figli legittimi prima debbono procedere alla divisione della proprietà. Sono cinque, ciascuno deve avere 1/5, ma siccome su ciascun quinto, il coniuge superstite deve godere l'usufrutto, è necessario vedere in che proporzione ciascuna quinta parte spetterà ai figli in nuda proprietà, e quale parte spetterà loro in proprietà piena. Per questo è che la legge adotta quel criterio per cui bisogna aggiungere al numero dei figli anche il coniuge superstite, perchè così facendo ciascun figlio ha in godimento una quota eguale a quella del coniuge superstite. Dunque se sono cinque i figli a ciascuno spetterà in proprietà 1/5, ma que-

-sta proprietà non è piena, dovendo diffal=
carsi da ogni quota quello che spetta al co=
niuge superstite in usufrutto, e questo dif=
falco si fa dividendo il patrimonio per 5+1;
così si otterrà 1/6; la quale frazione rappre=
senta non ciò che definitivamente spetta
al figlio, ma ciò che gli spetta in piena
proprietà, temporaneamente, cioè finchè il
coniuge usufruttuario vive. Ora questo che
avviene concorrendo figli legittimi e coniu=
ge superstite; avrà luogo anche quando vi
è concorso di figli legittimi, figli natura=
li, e coniuge superstite. Cioè prima si
fa la divisione che riguarda la proprie=
tà, e dopo l'altra divisione che riguarda
il godimento delle quote.

Riferendoci sempre al caso in cui vi
siano cinque figli legittimi, un figlio na=
turale e il coniuge superstite, prima si
farà la divisione che riguarda la proprie=
tà, cioè si dividerà l'asse per 6 cioè 5 fi=
gli legittimi e 1 naturale, e si avrà 1/6; a
ciascun figlio dovrebbe spettare 1/6, ma sic=
come al figlio naturale deve spettare me=
tà della quota che gli sarebbe spettata se fos=
se figlio legittimo, il figlio naturale inve=
ce di 1/6 riceverà 1/12, e ciascun figlio legitti=
mo avrà 1/6 + 1/5 di 1/12.

Ma questa quota non spetterà a cia=

scun figlio tutta in piena proprietà, dovendo per la presenza del coniuge superstite diffalcare da essa la quota d'usufrutto che spetta a quest'ultimo. E allora si fa un'altra divisione, aggiungendo al numero dei figli legittimi e al figlio naturale il coniuge superstite, cioè si dividerà l'asse ereditario per 7 e si avrà 1/7 che rappresenterà la quota civile, la quale però deve essere divisa per metà rispetto al figlio naturale il quale avrà 1/14; l'altra metà 1/14, sarà divisa fra i legittimi ed il coniuge superstite; sicchè tanto questo che ciascuno dei legittimi avranno in effettivo godimento una quota rappresentata da 1/7 più 1/6 di 1/14.
Ecco che così si sarà determinata la quota spettante in usufrutto al coniuge alla morte del quale non bisognerà fare alcuna nuova ripartizione, venendo ciascuno a rientrare nella piena proprietà della sua quota, cioè il figlio naturale avrà la piena proprietà di 1/14 e ciascun figlio legittimo la piena proprietà di 1/6 più 1/5 di 1/12.

Così seguendo questo sistema non si cade in nessuno degli inconvenienti lamentati negli altri casi già esaminati, poichè tutti i figli legittimi e naturali sopporteranno in parte proporzionale il peso della quota del coniuge, e questi riceverà in usufrutto una quota uguale a quella che ciascun figlio legittimo ha in proprietà piena.

---

## S. 44. Indole dell'imputazione del coniuge superstite.

Una regola generale a tutti i casi di successione del coniuge superstite è quella indicata dall'articolo 756. Cioè il coniuge superstite in qualunque caso di concorso deve imputare nella quota che gli spetta ab intestato tutto ciò che ha avuto per convenzioni matrimoniali o a titolo di lucri dotali.
La prima quistione che si presenta è quella intorno all'indole di questa imputazione: è essa un modo di collazione, è la imputazione ex se di cui parla l'articolo 1026, è la stessa imputazione a cui la legge obbliga i figli naturali; oppure è qualche altra cosa?
A prima vista potrebbe sembrare che l'imputazione cui è tenuto il coniuge superstite sia una specie di collazione, perchè, come si sa, la collazione si può fare in due modi: o conferendo i beni donati in natura oppure imputando, cioè detraendo il valore dei beni donati dal valore dei beni che toccherebbero per diritto successorio. Ma evidentemente nell'articolo 756 non si parla di una forma di collazione, poichè questa è un istituto che riguarda soltanto i discendenti che sono coeredi. Ora come può concepirsi che sia una

collazione l'imputazione del coniuge superstite, del momento che egli non è discendente, egli deve farla sia che concorra con discendenti legittimi, o con ascendenti, o con parenti entro il 6°. grado? E poi la collazione ha per scopo di mantenere l'uguaglianza o almeno la proporzionalità delle quote tra i varî coeredi, mentre l'imputazione di cui la legge parla non ha questo scopo, ma ha invece quello diminuire la quota spettante al coniuge superstite, cioè di ridurla entro i termini fissati dalla legge e di non fare eccedere questi limiti. Potrebbe anche sembrare che l'imputazione, di cui parla la legge in questo articolo, sia una _imputatio ex se_, cioè quella imputazione la quale ha per scopo di impedire al legittimario di domandare la riduzione delle donazioni fatte ad estranei, se prima egli stesso non calcola nella sua quota di riserva ciò che ha avuto per donazione. Il principio dell'articolo 1026 deve certamente applicarsi anche al coniuge superstite; però quando egli sia riservatario, cioè quando pretende la quota di riserva nella successione testata; il che del resto risulta chiaramente dall'articolo 820. In questo articolo infatti si dice che il coniuge superstite deve imputare nella sua quota tuttociò che ha ricevuto sia per testamento sia per convenzione matrimoniale; se vuole servirsi delle garanzie che la legge

gli concede come a qualunque altro, cioè in sostanza, se vuol ricorrere all'azione di riduzione. Perciò a prima vista parrebbe che l'imputazione di cui si parla all'articolo 820 sia la stessa di quella di cui si parla all'articolo 756, e quindi l'imputazione di cui questo s'occupa non sia altro che l'*imputatio ex se* dell'articolo 1026. Ma ciò non è esatto; perchè diversa è la portata dell'art. 756 da quella dell'art. 820; e quindi diversa l'indole dell'imputazione di cui in essi si tratta. L'imputazione di cui parla l'art. 820, non si deve fare in ogni caso, sempre, ma solo quando si voglia ottenere l'effetto giuridico di ridurre le donazioni fatte ad estranei per avere integra la quota di riserva. Invece per l'art. 756 l'obbligo dell'imputazione v'è sempre, in ogni caso; anzi lo scopo di ottenere la riduzione delle donazioni fatte ad estranei non può ritenersi contemplata in nessun modo dall'art. 756. Evidentemente l'articolo 756 non ha che fare con l'articolo 1026. E allora questa imputazione ha la stessa indole dell'imputazione cui è tenuto il figlio naturale nella successione intestata? Abbiamo visto che il figlio naturale ha l'obbligo di imputare nella sua quota tutto ciò che ha ricevuto per donazione, perchè non imputando verrebbe a ricevere più di quello che la legge gli assegna. Ora il figlio naturale è incapace di ricevere quando

concorre con discendenti legittimi e ascendenti legittimi; quindi come dicemmo, l'imputazione ha per scopo di mantenere il figlio naturale nei limiti ristretti della capacità attribuitagli dalla legge; tanto è vero che quella imputazione egli deve farla solo quando concorre con i discendenti legittimi, o con gli ascendenti, non già quando concorre col coniuge superstite, perchè in questo caso mancherebbe la ragione d'essere dell'obbligo dell'imputazione. Ma nell'imputazione cui è tenuto il coniuge non si può ravvisare lo scopo di mantenere in certi limiti la capacità di ricevere del coniuge, perchè questi non è incapace; egli può ricevere per testamento più di quello che la legge gli attribuisce per successione intestata. In un solo caso egli non può ricevere più di quanto la legge gli attribuisce; e questo è il caso del coniuge binubo, che non può ricevere più di quanto riceve il figlio meno favorito di primo letto. Dunque il coniuge superstite potendo ricevere tutto il disponibile del testatore, l'imputazione di cui si parla in questo articolo non si può dire abbia la stessa indole di quella di cui si parla nell'articolo 746. Quale sarà dunque lo scopo di tale imputazione?

Questa imputazione si spiega con la tradizione storica. Noi vedemmo che il Diritto

Romano concedeva la *quarta uxoria* al coniuge povero, cosichè la povertà fu uno dei requisiti perchè la vedova potesse succedere. Ora questa tradizione influì sulle legislazioni anteriori alla nostra e quindi indirettamente anche sul Codice Italiano. Il quale se non pose più come estremo del dritto di successione la povertà del coniuge, pure gli assegnò una quota basandosi sul semplice motivo o presupposto che questa dovesse servire per provvedere al sostentamento della vita, dimodochè se il coniuge ha ricevuto durante la vita dell'altro coniuge una parte di questa quota per convenzione matrimoniale o a titolo di lucri dotali, egli deve imputare nella quota che ha ricevuto prima; e così si raggiunge lo scopo di dare al coniuge quanto è necessario per la vita. Ma oltre questa ragione storica, c'è anche una ragione logica che spiega l'istituto della imputazione; ed è la presunta volontà del defunto: quando un coniuge ha ricevuto dall'altro coniuge una donazione nel contratto nuziale, o i lucri dotali, quale è stata l'intenzione del donante? Evidentemente quando in una convenzione matrimoniale il marito assegna alla moglie una controdote, oppure la moglie fa un assegno al marito, lo scopo pratico di queste donazioni non è certo quello di arricchire

il marito o la moglie durante il matrimonio; perchè durante il matrimonio questo bisogno non si sente; invece si è voluto provvedere pel tempo in cui uno dei coniugi avrà cessato di vivere e l'altro resterà solo senza l'aiuto del compagno. Ora se tale è lo scopo pratico delle donazioni che si fanno per convenzioni matrimoniali tra i coniugi, è evidente che il donante non ha fatto altro che assegnare al coniuge anticipatamente una parte della quota che la legge gli concede, quindi questa parte deve essere detratta dalla quota che la legge attribuisce per diritto successorio. E che sia questo il concetto fondamentale della legge, si rileva anche da ciò che essa fa obbligo al coniuge superstite d'imputare solo ciò che gli è pervenuto per convenzioni matrimoniali, e per lucri dotali. Or che cosa sono i lucri dotali? Sono quelle donazioni che i coniugi si fanno nelle convenzioni matrimoniali, ma che per legge non hanno efficacia se non al tempo della morte del coniuge donante, donazioni che sono fatte sotto la condizione di sopravvivenza del coniuge donatario. Dunque sono donazioni che portano chiaramente l'impronta della volontà del donante di voler provvedere con esse al tempo posteriore alla sua morte. Posto ciò si vede come questo istituto della imputazione basandosi sulla volontà del defunto che non sempre è reale

ma sulla volontà semplicemente presunta, ha carattere eccezionale e quindi bisogna mantenerlo negli stretti limiti in cui l'ha posto la legge: Cioè il coniuge superstite sarà costretto ad imputare solo ciò che ha ricevuto dal coniuge defunto per effetto di convenzioni matrimoniali e di lucri dotali; ma se ha ricevuto altri lucri, altri vantaggi fuori di questi, non deve computarli. Esaminiamo il caso in cui il coniuge superstite sia vissuto col defunto col sistema della comunione degli utili. Se i due patrimoni non furono uguali ma la partecipazione degli utili fu uguale, evidentemente il coniuge superstite che conferì nella comunione un patrimonio minore di quello del defunto, avendo ricevuto gli utili in parte uguale ha avuto un vantaggio. Inoltre può avvenire che nello stabilire il sistema della comunione degli utili si sia fatto il patto del così detto prelevamento, cioè il patto per cui il coniuge superstite ha diritto di prelevare una porzione degli utili comuni e quindi ha un vantaggio rispetto all'altro coniuge. Ora questi lucri derivanti dal sistema della comunione sia pure in forza del patto del prelevamento, non debbono imputarsi; e ciò non solo perchè la legge non ne fa menzione nell'articolo 756, ma anche perchè per disposizione speciale di legge il lucro che uno dei coniugi riceve dal patrimo=

nio dell'altro pel patto di prelevamento non ha il carattere di donazione (articolo 1140). Un altro caso è quello in cui il coniuge superstite ha avuto un legato dal defunto. Qui sorge una grave quistione: se il coniuge defunto ha fatto un testamento in cui fa un lascito in favore del coniuge superstite, ma non dispone del resto delle sue sostanze, dimodochè alla sua morte si deve aprire la successione legittima tranne per quella parte di cui il defunto ha disposto; si domanda se il coniuge superstite ha diritto a concorrere alla successione legittima o deve contentarsi di ciò che ha avuto per espressa volontà del testatore. C'è grave dissenso nella dottrina e nella giurisprudenza; ma secondo me bisogna tener conto dell'intenzione del testatore. Che cosa intese egli di fare? Intese soddisfare il diritto del coniuge superstite spettantegli per legge? Ebbene allora il coniuge superstite non avrà diritto a partecipare alla successione intestata. Ma se invece questa intenzione del coniuge defunto non risulta in alcun modo, ma si può invece argomentare che egli facendo il lascito intese dare al coniuge più di quello che gli spetta per legge, allora è evidente che il coniuge superstite pur avendo avuto un lascito può concorrere con gli altri eredi alla successione legittima. Posto dunque che il defunto abbia voluto dare di più, il coniuge superstite

che concorre cogli altri eredi nella successione ab intestato, deve imputare nella sua quota ciò che ha ricevuto a titolo di legato? No, perchè la legge parla di donazioni avute per convenzioni matrimoniali o per lucri dotali, non di legato; e ciò meglio risulta dal confronto dell'articolo 756, in cui si tace di liberalità testamentaria con l'art. 820 in cui si dice che il coniuge superstite, <u>oltre ciò che ha avuto per testamento</u>, deve imputare anche ciò che ha ricevuto per convenzioni matrimoniali o per lucri dotali. Quindi la differenza di locuzione di questi due articoli ci denota la differenza di concetto del legislatore; sicchè quando il coniuge superstite ha ricevuto un lascito, questo non deve imputarsi nella quota ab intestato, ma deve imputarsi solo nella quota di riserva, qualora si voglia esercitare l'azione di riduzione contro l'eccessiva liberalità del defunto. Ancora facciamo il caso che a prima vista pare inverosimile, ma che pure è possibile, cioè che il coniuge superstite abbia ricevuto delle donazioni durante il matrimonio. Si potrà dire come è possibile questo, se le donazioni tra coniugi durante il matrimonio sono nulle? È vero che sono proibite ma supponiamo che, malgrado il divieto il defunto abbia fatto una donazione al coniuge durante il matrimonio, e questo atto di dona=

zione non sia stato dichiarato nullo, ma gli eredi del donante lo abbiano ratificato, come ne hanno facoltà per l'articolo 1311 Cod. Civ., in questo caso la donazione, essendo stata confermata, produce i suoi effetti giuridici e quindi giova al coniuge superstite. Ma deve questi imputare tale donazione nella sua quota <u>ab intestato</u>? No, perchè la legge non ne fa parola: dato il carattere eccezionale dell'istituto della imputazione, questa deve aver luogo solo nei casi indicati dalla legge e cioè solo quando si tratti di lucri dotali o altre donazioni derivanti da convenzioni matrimoniali.

---

## §45. Metodo d'eseguire l'imputazione nella quota di usufrutto.

Una grave quistione intorno all'imputazione sorge quando il coniuge superstite che ha ricevuto per convenzione matrimoniale un valore in proprietà, concorra poi alla successione con i figli legittimi e quindi debba avere la sua quota in usufrutto. Come si fa l'imputazione del valore in proprietà nel

valore in usufrutto? Quando il coniuge con=
corre con altri eredi che non sono dipenden=
ti, l'imputazione si fa facilmente: si sot=
trae ciò che ha avuto da ciò che dovrebbe
avere, ma quando, si deve sottrarre dall'usu=
frutto che al coniuge spetta, non già un
altro usufrutto, ma un valore capitale in
piena proprietà, allora, siccome si tratta di
due quantità eterogenee, la sottrazione non
si può fare; sicchè bisogna prima ridurre
le due quantità eterogenee ad omogenee,
perchè solo così le due quantità sono equi=
parabili; e poi compiere la sottrazione ossia
l'imputazione. Ma come si fa a ridurre
queste quantità eterogenie ad omogenie? Va=
ri sistemi sono stati proposti. Alcuni han=
no detto: Il coniuge superstite che deve ave=
re una quota in usufrutto e che ha avuto
in donazione un capitale in proprietà, per
imputare non deve fare altro che lasciare
tante annualità d'usufrutto quante basta=
no a ricostituire il capitale donategli. Fatto
questo, l'imputazione è avvenuta con un me=
todo semplicissimo che non presenta nessu=
na difficoltà di calcolo e soddisfa il precetto
della legge. Es. Tizio, coniuge superstite di
Caio deve avere l'usufrutto, che poniamo
consista in una rendita di L. 2000 annue.
Esso ha ricevuto dal defunto per convenzioni

matrimoniali un capitale di Lire 10.000. Che cosa si deve fare per imputare nello usufrutto il capitale di 10.000 lire? Basterà lasciare cinque annualità d'usufrutto (2000 x 5 = 10.000) e così sarà ricostituito il capitale di £ 10.000 che aveva avuto per convenzione matrimoniale. Questo sistema semplice, facile e che a prima vista si presenta seducente, è erroneo, perchè viene ad assegnare al coniuge superstite più di quanto gli spetta. Infatti chi lo ha sostenuto non ha pensato all'antico detto che ha valore economico e giuridico insieme: qui citius solvit, plus solvit, cioè chi paga prima paga di più. Quando voi date facoltà al coniuge superstite di rilasciare 5 annate d'usufrutto, venite nel tempo stesso ad obbligare i figli legittimi ad anticipare quelle cinque annate, perchè mentre gli eredi legittimi sarebbero stati obbligati a dare anno per anno £ 2000; in questo caso vengono a dare anticipatamente un capitale di lire 10.000 che poi il coniuge superstite sconterà anno per anno. Che il coniuge superstite poi riceva con questo sistema più di quanto gli spetta, risulta dal fatto che egli sebbene durante i 5 anni non percepisca le lire 2000, pure percepisce l'interesse delle 10.000 lire; che, posta la base del tasso legale del 4%

sarà di Lire 400 annue. Quindi con questo sistema, e nell'esempio da noi configurato, il coniuge superstite non detrae dal suo usufrutto l'intero valore che ha avuto in donazione, giacchè non perde in sostanza lire 2000 all'anno per cinque anni ma solo lire 1600.

E poi, anche quando ha scontato colle 5 annate d'usufrutto le lire 10.000 di capitale, continuerà sempre a godere oltre le lire 2000, reddito dell'usufrutto, altre £ 400, o in genere quella somma che a titolo d'interessi potrà ricavare dal capitale donatogli, il quale non è estinto nè alienato. Questo sistema poi oltre a produrre l'errore di attribuire al coniuge più di quanto la legge gli assegna fa nascere un inconveniente pratico dannoso al coniuge. Supponiamo che bisogni rilasciare molte annualità per estinguere il capitale ricevuto e in questo spazio di tempo il coniuge superstite non abbia mezzi di sostentamento. Che cosa dovrà fare? Dovrà alienare quel capitale per provvedere ai suoi bisogni. Così non si raggiunge lo scopo informatore della legge, che con la quota spettante al coniuge intese provvedere alle sue più urgenti necessità, e anche perciò quel sistema è da rigettarsi. Un altro sistema è quello di applicare l'art. 810 che dice: <u>Quando il testatore dispone</u>

di un usufrutto o di una rendita vitalizia, il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, gli eredi a vantaggio dei quali la legge riserva la porzione legittima, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione, o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile.» Qui il Codice fa un caso molto lontano da quello esaminato, cioè quello in cui il testatore con un legato d'usufrutto eccede la disponibile, dimodochè i legittimari vengono lesi nel loro diritto. Che cosa può fare in tale ipotesi il legittimario? Per principio generale il legittimario avrebbe il diritto di domandare la riduzione del legato; ma siccome ciò importerebbe degli inconvenienti pratici, la legge concede al legittimario la scelta o di rispettare la disposizione del testatore, oppure se questo non vuol fare, di abbandonare i beni che egli ha in nuda proprietà. E facciamo il caso che Tizio, avendo un figlio solo lasci l'usufrutto di tutto il patrimonio alla moglie, e al figlio la nuda proprietà. Evidentemente qui c'è lesione della quota del figlio legittimo al quale spetta in questo caso, essendo unico, la metà del patrimonio in piena proprietà; mentre qui ha invece la nuda proprietà di tut-

to il patrimonio. Ora secondo i principii generali il figlio avrebbe il diritto di calcolare la quota d'usufrutto che spetta al coniuge e vedere se ci fu lesione della quota spettantegli e quindi reclamare la piena proprietà. Ma siccome la riduzione in questo caso porterebbe ad inconvenienti pratici, la legge dice: tu, figlio, che in sostanza hai avuto più di quello che ti spettava ch'era piena proprietà della sola metà del patrimonio, mentre ora alla morte di tua madre godrai dell'intero, puoi o contentarti di questa nuda proprietà temporaneamente per godere la piena proprietà dell'intero in avvenire, oppure se ciò non ti conviene puoi rinunziare a ciò che ti ha dato il testatore contentandoti della sola legittima. Ora, si dice, quest'obbligo di scelta che la legge impone ai legittimari si potrebbe anche imporre al coniuge superstite. Il coniuge superstite che da una parte ha un valore in capitale e dall'altra ha un diritto d'usufrutto, per imporsi se avrà l'obbligo o di contentarsi del solo usufrutto abbandonando il capitale, oppure se vuole conservare quel capitale deve rinunziare all'usufrutto. Ma evidentemente questa è una applicazione arbitraria dell'articolo 810, perchè non concorrono gli estre=

ni dell'articolo. Anzitutto quest'articolo è una disposizione di carattere eccezionale perchè deroga ai principi generali, e poi se anche non fosse una disposizione eccezionale, siccome non si tratta di riservatario che abbia ricevuto più di quanto per legge gli spetta, manca l'analogia del caso contemplato con quello non contemplato. Cosicchè questo è un sistema inammissibile. Un altro sistema sostenuto con molta efficacia dal Prof. Filomusi-Guelfi, e che ha tutte le apparenze della semplicità e della giustizia, è quello di imputare il capitale dato in proprietà al coniuge superstite nella porzione ereditaria su cui egli gode l'usufrutto. Poniamo cioè, che il coniuge superstite, abbia diritto all'usufrutto di £ 35.000, egli ha ricevuto in proprietà £ 10.000.

L'imputazione è semplice. Le Lire 10.000, valore del capitale dato in proprietà al coniuge superstite si sottraggono alle Lire 30.000, valore della quota che egli deve godere in usufrutto. Quindi, egli, godrà l'usufrutto non più su di 30000 lire, bensì su 20.000. Ma, come giustamente, è stato notato, questo sistema presenta gli inconvenienti lamentati nel primo sistema, cioè l'inconveniente di attribuire al coniuge superstite più di quello che per legge gli spetta: infatti quando si fa la detrazione del valore del capitale dona=

to, dal valore del capitale che il coniuge deve godere in usufrutto, si viene ad attribuire a lui oltre l'usufrutto della residua porzione ereditaria, la nuda proprietà del capitale donatogli. Ora la nuda proprietà del capitale donato, non equivale all'usufrutto di esso che il coniuge ha perduto, detraendo il valore di questo capitale dal valore della quota su cui ha l'usufrutto. Di vero, con quel sistema, nell'esempio da noi recato, il coniuge superstite oltre ad avere l'usufrutto di Lire 20.000 avrà sempre il capitale di Lire 10.000. Ora il capitale di Lire 10.000, sia pure che non produca interesse, perchè l'interesse che produce è compensato dalla perdita derivante dalle fatte detrazione, è qualche cosa di più del semplice usufrutto. Se il coniuge avesse avuto il semplice usufrutto, alla sua morte non avrebbe lasciato niente; invece ora alla morte sua lascia 10.000 lire in proprietà. Perciò, anche secondo questo sistema, il coniuge otterrebbe qualche cosa più di quello che per legge gli spetta; inconveniente che lo stesso Prof. Filomusi non ha potuto negare, ma che ha spiegato dicendo che è la stessa legge che lo vuole. Evidentemente questa è un'affermazione gratuita, perchè nessun articolo del Codice dice che tale sia stata la volontà del legislatore. Il Filomusi si è fondato sul significato letterale delle parole della

legge. Egli così ragiona: Se il Codice all'arti=
colo 756 stabilisce che « *Il coniuge concor
rendo con altri eredi deve imputa=
re alla sua porzione ereditaria ciò
che acquista in favore delle conven
zioni matrimoniali e dei lucri
dotali* » e per porzione ereditaria s'intende
la quota in proprietà, la frase della legge de=
ve avere lo stesso significato, o che al coniuge
tocchi una quota in proprietà, o una quota
in usufrutto. La sola differenza sarà questa
che, se ha diritto a una quota in proprietà, la
imputazione si farà sul valore ch'egli effetti=
vamente ha in proprietà piena, se ha diritto
invece a una quota in usufrutto l'imputa=
zione si farà non in ciò ch'egli ha effettiva=
mente, ma nel valore di cui egli gode i frut=
ti: ma in ogni caso l'imputazione si fa
nel valore capitale, cioè nella quota in pro=
prietà ch'è la sola la quale possa chiamar=
si porzione ereditaria. Così se nascono degli
inconvenienti, è la legge che li ha voluti.
Ma noi notiamo che la locuzione « *por=
zione ereditaria* » si deve intenderla
diversamente secondo i casi. Se essa signi=
fica la porzione che realmente spetta al
coniuge superstite nei casi di concorso con
gli ascendenti, fratelli e sorelle, ecc. non può
significare cosa diversa nel caso di concorso

con i figli legittimi. Ma cosa diversa significherebbe, ove in quest'ultimo caso per porzione ereditaria si dovesse intendere non ciò che al coniuge spetta, cioè l'usufrutto, ma ciò che non gli spetta, la proprietà. È vero che tecnicamente porzione ereditaria è la quota in proprietà, ma in senso volgare porzione ereditaria è ciò che spetta sull'eredità di alcuno. Ond'è pertanto quella frase è usata dalla legge per comprendere tutti i vari casi di concorso e denotare ciò che effettivamente spetta al coniuge superstite, sull'eredità del defunto, proprietà od usufrutto, secondo i casi. Quindi fondarsi sul significato letterale della legge senza penetrarne lo spirito, sostenendo che il legislatore ha voluto quel sistema, e quindi che i suoi inconvenienti sono da attribuirsi alla legge stessa, non ci sembra giusto. Cosicchè non resta che il sistema, che è stato generalmente ammesso sia nella giurisprudenza, sia nella dottrina, ed è il sistema della capitalizzazione dell'usufrutto. Siccome il coniuge superstite ha avuto in donazione un valore in capitale bisogna ridurre in valore capitale anche l'usufrutto che gli spetta per legge. Così quando si è fatta tale riduzione, si hanno due quantità comparabili, ed è possibile l'imputazione.

Per es.: Il coniuge ha in usufrutto £ 50.000 ed ha avuto in capitale £ 10,000. Si deve calcolare

quale sia il valore dell'usufrutto di £ 50.000, e poniamo che si possa calcolare come equivalente a un capitale di £ 20.000; da £ 20.000 capitale fittizio corrispondente a questo usufrutto si sottraggono le 10.000 lire; ciò che resta spetterà al coniuge superstite in usufrutto. Così con questo sistema non si verifica l'inconveniente che si verifica negli altri sistemi. Però anche esso ha i suoi inconvenienti, perchè capitalizzare l'usufrutto significa fondarsi sopra un calcolo di probabilità, non essendovi un criterio certo, per compiere questa operazione; e quindi significa attribuire al coniuge in certi casi più, in certi altri meno di quello che per legge gli spetta, secondo che il calcolo di probabilità è più o meno prossimo al vero. Perciò il Filomusi respinge questo sistema, come quello che produce l'inconveniente di fondarsi su di un calcolo di probabilità che può o non corrispondere al vero.

Ma bisogna osservare che il sistema proposto da lui, ci porta con certezza al grave inconveniente di attribuire al coniuge superstite più di quanto gli spetta per legge, mentre nel sistema della capitalalizzazione ciò può avvenire, ma può anche non avvenire. Ora tra i due mali bisogna scegliere il minore; è quindi da preferirsi il sistema della capitalizzazione in cui quell'inconveniente è possibile, ma ma non certo. Del resto, si aggiunga, questa

possibilità si verifica anche in altri casi, nei quali non v'è dubbio che debba ammettersi il sistema della capitalizzazione.

Per es. poniamo che alcuno abbia fatto delle donazioni d'usufrutto durante vita, donazioni il cui valore bisogna calcolare per potere vedere se è stata lesa o no la riserva dei legittimari. Ora quando le donazioni sono state fatte in proprietà, il calcolo è semplice; ma quando le donazioni sono state fatte in usufrutto, come si fa per vedere se la porzione dei legittimari è stata lesa o no? Bisogna capitalizzare, e capitalizzando queste donazioni fatte in vita del defunto, si corre il rischio di valutare più o meno giustamente; e perciò si corre il rischio di attribuire al legittimario una quota maggiore o minore di quella che gli tocca. Quindi questo inconveniente deriva dalla natura delle cose; e se vi sono casi in cui la legge fa correre questo rischio, non è da preoccuparsi di esso nel caso dell'imputazione. Ma il Filomusi nega anche questo e dice: in qualsiasi caso si presenta la necessità di ridurre in capitale il valore dato in usufrutto non bisogna ammettere il sistema della capitalizzazione, ma bisogna accogliere il sistema dell'articolo 810: cioè bisogna lasciare ai legittimari facoltà o di rinunziare alla disponibile o di rispettare le donazioni o i legati d'usufrutto eccessivi.

Ma evidentemente questa sua opinione è singolare, perchè l'articolo 810 presenta degli estremi rigorosi e non è applicabile in qualsiasi caso in cui vi sono donazioni eccessive o legati eccessivi d'usufrutto; ma si applica in un solo caso quando, cioè, il legittimario sia anche erede di tutto il disponibile e vi sia un solo legato d'usufrutto che possa ledere la legittima. Estendere questa disposizione eccezionale certo sarebbe comodo, ma non conforme ai principi della legge. Onde l'unico sistema accettabile è quello di capitalizzare l'usufrutto. Ma come si deve capitalizzare, con quale criterio? Qui sorge nuova quistione. Dicono alcuni: bisogna capitalizzare in base ad un criterio unico costante per tutti i casi.

E questo criterio ci è fornito dalla legge del registro del 1876. Questa legge per determinare le tasse dovute per la costituzione di usufrutto, accoglie il seguente sistema: se l'usufruttuario ha oltrepassato i 50 anni di età, il valore dell'usufrutto si calcola uguale al quarto del capitale che lo produce; se l'usufruttuario non ha oltrepassato gli anni 50, il valore dell'usufrutto si calcola sulla metà del capitale che lo produce. Come si vede questo è un criterio arbitrario, che riesce comodo al fisco, il quale ha bisogno di un calcolo pronto e sicu-

zo, e non potrebbe volta per volta ricorrere ad un calcolo di probabilità, e tener conto del tempo, del luogo, della salute dell'usufruttuario, ecc.
Ma questo criterio che è reso necessario dalle esigenze fiscali, non si può generalizzare, perchè può produrre effetti molto ingiusti; cioè che l'usufrutto concesso ad un uomo di 80 anni sia uguale a quello concesso ad un uomo di 50 anni, o che l'usufrutto concesso ad un uomo ammalato o già vicino a morire sia uguale a quello concesso ad un uomo pieno di salute, solo perchè ha raggiunto quella data età. Dunque non bisogna applicare il cieco criterio della legge fiscale, ma bisogna tener conto delle circostanze di fatto; si potrà perciò fare il calcolo anche in base alle tavole di probabilità della vita umana, tavole che si formano dalle compagnie di assicurazione sulla vita; e si dovrà caso per caso tener conto della salute, dell'età dell'individuo, e così ottenere il capitale corrispondente al valore dell'usufrutto. Quando si è fatto questo calcolo si farà la detrazione del capitale donato dal capitale fittizio così ottenuto, e si compie l'imputazione voluta dalla legge.

## §. 46 - Caso di concorso del coniuge legittimo col coniuge putativo.

---

Un'altra questione importante è quella che si presenta quando il coniuge superstite legittimo concorre col coniuge putativo. Noi dicemmo altra volta che in caso di matrimonio putativo il coniuge superstite non ha diritto alla successione, nonostante che la legge nell'articolo 116 dica che il matrimonio putativo produce tutti gli effetti civili rispetto al coniuge di buona fede; perchè la successione si avvera in un tempo posteriore alla sentenza, dopo cioè che il matrimonio essendo stato annullato non può produrre effetto alcuno. Però aggiungemmo anche che nel caso non comune che la sentenza venga pronunziata dopo la morte di uno dei coniugi, è evidente che siccome la sentenza opera ex nunc, il coniuge superstite si trova di avere acquistato il diritto di successione al tempo dell'apertura di questa. Quindi poniamo che una persona legata dal vincolo di un precedente matrimonio abbia ingannato un'altra persona e contratto con lei matrimonio, questo senza dubbio, a causa del precedente matrimonio,

è nullo; ma siccome vi fu inganno, e quindi l'altro coniuge fu in buona fede, evidentemente il matrimonio nullo avrà gli effetti del matrimonio putativo rispetto a costui.

Poniamo ora che questo matrimonio venga annullato dopo la morte del coniuge di mala fede. In quel tempo si trovano due coniugi: il coniuge putativo ed il coniuge vero; questi perchè tale ha diritto alla successione quello vi ha diritto perchè la sentenza di annullamento non è stata pronunziata precedentemente all'apertura dell'eredità, e, quindi potrà invocare l'articolo 116 Cod. Civ.

Come si fa allora? Qual'è la quota spettante al coniuge legittimo in concorso col putativo?

Alcuni hanno detto: si da al coniuge putativo la stessa quota che per legge spetta al coniuge legittimo. Ma questa opinione evidentemente è errata, perchè in molti casi, ciò sarebbe impossibile. Sarebbe impossibile per esempio nel caso di concorso di coniuge superstite, ascendenti, fratelli e sorelle.

In questo caso di concorso, come abbiamo visto, 1/3 spetta agli ascendenti, 1/3 al coniuge superstite, 1/3 ai fratelli e sorelle. Ora se vi sono due coniugi, uno putativo, l'altro legittimo, come si fa ad attribuire ad entrambi i coniugi 1/3 per ciascuno? Se si attribuisce 1/3 al coniuge legit-

timo, 1/3 al coniuge putativo, 1/3 agli ascendenti, ai fratelli e sorelle non resterà niente. Un altro caso è quello in cui il coniuge superstite concorre con parenti dal 3° grado al 6°. In questo caso la legge dice che al coniuge superstite spettano 2/3; come si fa in questi casi ad attribuire tanto al coniuge legittimo quanto al coniuge putativo 2/3 per ciascuno? Dunque l'opinione di coloro che dicono che al coniuge putativo in concorso con il legittimo spetta la stessa quota del legittimo è insostenibile perchè, oltre ad essere arbitraria, porta a conseguenze assurde e praticamente inattuabili. Un altro sistema degno di maggior considerazione fu quello proposto dal Polacco alcuni anni sono. Egli dice: Bisogna assegnare al coniuge putativo una quota eguale a quella del coniuge legittimo; ma in modo tale che la quota che si assegna al coniuge putativo venga ad essere detratta proporzionalmente dalle quote dei vari coeredi e da quella del coniuge legittimo astrattamente considerata. Così la quota del coniuge legittimo viene ad essere diminuita, ma questa diminuzione viene ad essere sopportata egualmente dagli altri eredi. Quindi il problema sarebbe posto in questi termini, trovare la quota del coniuge putativo in modo che essa risulti

eguale a quella in concreto del coniuge vero, de=
traendola proporzionalmente dalla quota dei
vari concorrenti e da quella del coniuge legit=
timo astrattamente considerata. E in sostegno
della sua opinione il Polacco così ragiona; noi
vogliamo che la presenza del coniuge putati=
vo non debba nuocere al coniuge legittimo sol=
tanto, ma debba nuocere a tutti proporzional=
mente, e ciò in applicazione dell'articolo 1027
che dispone: « Gli eredi contribuiscono tra
essi al pagamento dei debiti e pesi e=
reditari in proporzione delle loro quo=
te, salvochè il testatore abbia altrimen=
ti determinato ». Ora giacchè la porzione
dovuta al coniuge putativo rappresenta un pe=
so, un debito ereditario, questo peso, o debito ere=
ditario, deve essere pagato da tutti gli eredi in
proporzione delle loro quote. Dunque se questo
è un principio di giustizia in generale, de=
ve applicarsi anche al caso singolo, così che
la presenza del coniuge putativo non deve
nuocere ad uno soltanto, ma a tutti; quin
di ciascuno degli eredi proporzionalmente
alla propria quota subirà una diminuzione
tale da servire a formare la quota da attri=
buire al coniuge putativo, in modo che que=
sta riesca uguale a quella che dopo la de=
trazione consegue il coniuge vero. Questo si=

stema che pare a prima vista conforme a giustizia, sebbene non poco complicato dal punto di vista matematico, incontra gravi difficoltà giuridiche. Come mai si può considerare la quota del coniuge putativo come un debito, un peso ereditario? Non si può considerare questa quota come un debito, un peso ereditario, perchè altro è un peso ereditario, altro è la quota spettante a un successibile. Partendo dal concetto che la quota del coniuge putativo sia un peso ereditario, ne verrebbero delle conseguenze addirittura assurde, poichè posto che nell'asse ereditario non ci sia margine sufficiente per pagare questo preteso debito, ne verrebbe che il coniuge nulla potrebbe pretendere, qualora gli eredi avessero accettato col beneficio dell'inventario, e l'asse fosse esaurito pel pagamento di altri debiti, e d'altra parte, qualora gli eredi avessero accettato puramente e semplicemente, dovrebbero pagare questo debito ereditario _ultra vires_.
Il che è contrario al concetto della legge, perchè l'attribuzione di una quota ereditaria o di un diritto successorio qualsiasi, presuppone la sufficienza dell'asse ereditario. In altre parole considerare come peso ereditario ciò che è dovuto al coniuge putativo, è negare al diritto di questo l'indole di diritto successorio, il che non si può, per-

chè il coniuge se qualche cosa ha diritto di avere dall'eredità, ciò gli spetta unicamente a titolo di diritto successorio.

Quindi il concetto di peso e di debito ereditario non si può applicare alla quota del coniuge putativo e per conseguenza non si può invocare l'articolo 1027. Ma c'è di più.

Il sistema del Polacco si mostra equo quando si tratta di successione _ab intestato_, ma quando si tratta di successione testamentaria non si ha il medesimo risultato. Giacchè se nella successione intestata la quota del coniuge putativo viene a gravare proporzionalmente su tutti gli eredi, nella successione testata, poichè ciò che spetta al coniuge superstite costituisce una detrazione della disponibile (articolo 818); la quota del coniuge putativo verrà a gravare soltanto sul coniuge legittimo, e gli eredi della disponibile: quindi anche per questo rispetto l'art°. 1027 è inapplicabile. Perciò è da preferire l'opinione dominante per cui è da dividersi tra i due coniugi la quota spettante per legge al coniuge superstite. Quando due sono i coniugi uno legittimo e l'altro putativo si ha un caso di concorso non previsto espressamente dalla legge; ma regolato implicitamente dalla norma generale « _concursu partes fiunt_ ». La legge chiama a succedere il coniuge superstite nello stesso modo come

chiama a succedere i discendenti, gli ascendenti, i fratelli o le sorelle, considerando il coniuge superstite non come individuo, ma come una categoria, un ordine di successibili, e quindi se quest'ordine è costituito, come normalmente accade, da una sola persona, questa prenderà tutta la quota; ma se quest'ordine in un caso eccezionale, è costituito da due persone, siccome regola generale è che quando più persone si trovano nello stesso ordine successorio, la quota assegnata a quell'ordine si divide tra le persone che vi appartengono, così la quota assegnata al coniuge superstite, che di regola è unico, si dovrà suddividere tra i due coniugi, l'uno vero, l'altro putativo.

---

## § 47. Diritto del coniuge superstite sulla casa popolare.

Un altro diritto concesso dalla legge speciale 31 Maggio 1903, sulle case popolari, al coniuge superstite è il diritto di abitazione della casa popolare. Questa legge nell'articolo 25 dice che al coniuge superstite spetta sulla casa popolare il diritto di abitazione

a preferenza degli altri eredi, però questo diritto di abitazione non esclude gli altri diritti spettanti per legge al coniuge superstite. A causa di quest'articolo nascono varie questioni, che forse in pratica non si sono ancora presentate ma che possono presentarsi. La legge dice che sulla casa popolare spetta al coniuge superstite il diritto d'abitazione dell'intera casa, ch'è un diritto reale, un diritto di uso. Ora poniamo che il coniuge superstite concorra con figli legittimi e che nella successione del defunto non trovasi altro che la casa popolare. Per legge generale al coniuge superstite spetterebbe su questa casa una porzione in usufrutto uguale a quella che compete a ciascun figlio legittimo computando nel numero dei figli anche il coniuge. Ora come si concilia l'esistenza del diritto di usufrutto in favore del coniuge superstite su una quota di questa casa col diritto di abitazione sull'intera casa? Evidentemente la conciliazione non è possibile in pratica, perchè il diritto d'abitazione avendo per oggetto l'intera casa distrugge il diritto d'usufrutto su una quota di esse. È vero che il diritto d'usufrutto differisce dal diritto d'uso e dal diritto di abitazione, inquantochè il diritto d'usufrutto è un diritto che dà facoltà all'usufruttuario di affittare, di

cedere la casa, ma siccome questo diritto di usufrutto cade su una quota di casa per se stessa non divisibile, evidentemente viene ad essere assorbito dal contenuto del diritto più esteso per l'oggetto qual'è il diritto di abitazione sulla casa intera.

Di qui deriva una conseguenza grave che dovendo riservarsi al coniuge superstite il diritto di abitazione sull'intera casa, il figlio legittimo non può servirsi della facoltà concessa dalla legge all'art. 819 commutare il diritto d'usufrutto del coniuge in denaro o in altri cespiti ereditarii. Perchè se ciò potesse fare, verrebbe a distruggere il diritto di abitazione che questa legge speciale concede al coniuge superstite. Quindi questa legge viene in parte a derogare al Codice Civile. Inoltre, il coniuge superstite pel Codice Civile, concorrendo con altri eredi che non siano figli legittimi ha diritto ad una quota in proprietà. E allora come si concilia il diritto di abitazione e il diritto di proprietà che il coniuge superstite vanta su questa casa? Si concilia così il diritto di abitazione sarà esteso a tutta la casa e il diritto di proprietà sarà circoscritto alla quota spettantegli per legge. Ma da questo diritto di abitazione della casa popolare nascono molte altre questioni, che, sarebbero evitate, ove si fosse considerata

casa popolare come un bene separato, e quindi si fosse reso oggetto di successione separata.

---

# E) La successione dello Stato

---

## § 48. Indole del diritto dello Stato

Quando manchino parenti anche nel decimo grado, la legge chiama a succedere lo Stato. Nel Diritto Romano in caso di vacanza d'eredità era chiamato il Fisco. Ma Giustiniano al Fisco preferì alcune corporazioni, cioè la legione sui beni dei soldati, la curia della città sui beni dei decurioni, la fabbrica imperiale delle armi ed il collegio dei costruttori navali sui beni dei membri di questo sodalizio, la chiesa e il monastero sui beni dei chierici e dei monaci.

Tutte le legislazioni moderne però non considerano altro che Stato, tranne l'ultimo Codice Civile, il Codice Svizzero, il quale fa succedere al defunto senza parenti il Cantone o il

Comune, se la legge Cantonale designa il comune a cui il defunto appartiene. Il Codice nostro ha seguito il Codice Francese, chiamando alla successione lo Stato. Però bisogna notare a discolpa dello Stato Italiano, che è stato accusato da alcuni di impinguarsi delle eredità vacanti, che oggi lo Stato non si approfitta esso di tali eredità, perchè con la legge speciale del 27 Luglio 1898 relativa alla Cassa Nazionale di Previdenza per l'invalidità a vecchiaia degli operai, le eredità (vacanti) vanno devolute a questa Cassa. Vedremo ora qual'è l'indole della successione dello Stato. Lo Stato s'impadronisce dell'eredità vacante *jure successionis o jure occupationis*? Esso acquista l'eredità per diritto comune di successione, o per diritto d'impero, per diritto di alta Sovranità? Diversi sistemi sono seguiti dalle vigenti legislazioni; per la legislazione Francese, lo Stato acquista l'eredità per diritto di impero, nel sistema della legislazione inglese, in cui è prevalente il sistema feudale, lo stato ha sui beni dei cittadini il dominio eminente, sicchè, quando muore un cittadino senza eredi legittimi, il dominio utile viene a consolidarsi col dominio eminente. Vi sono altre legislazioni come la tedesca, in cui lo Stato succede come ogni altro successore qual=

siasi. La questione se lo Stato succeda come vero e proprio erede, oppure per diritto di Sovranità, è stata variamente risoluta nella dottrina. Molti sostengono che lo Stato sottentri *iure successionis* a colui che è morto senza parenti, altri ritengono che lo Stato eserciti invece un *ius occupationis*; non è erede come pel diritto comune, ma esercita un diritto d'impero che deve necessariamente esercitare, perchè altrimenti le cose rimarrebbero vacanti, sarebbero *res nullius*, e quindi sarebbero lasciate in balia di chi fosse più pronto e più forte ad occuparle. L'opinione che lo Stato non succeda come vero e proprio erede, ma abbia diritto all'eredità vacante per diritto di Sovranità, è sostenuta anche dal Gabba e dalla Cassazione di Palermo, ma noi riteniamo tale opinione errata. È vero che per il Codice Francese lo Stato ha diritto alla eredità vacante *iure occupationis*, ma c'è grande differenza fra il Codice Francese ed il nostro. Anzitutto nel Codice Francese c'è l'articolo 539, nel quale si dice che tutti i beni vacanti sono di proprietà dello Stato, ed in applicazione di questo concetto generale, il Codice Francese non riconosce l'occupazione come modo di acquisto della proprietà, e attribuisce l'eredità vacante allo Stato. E appunto perchè il legislatore

Francese considera lo Stato come avente diritto ai beni dell'eredità vacanti *jure occupationis* e non *jure successionis*, lo tratta come successore irregolare, e perciò non gli concede la *saisine héréditaire*, e lo esonera dall'obbligo di pagare i debiti ereditarii *ultra vires*, senza bisogno di accettare col beneficio dell'inventario. Quindi non c'è dubbio pel diritto Francese che lo Stato eserciti un diritto di occupazione e non un diritto di successione. Diversa è la cosa pel nostro Codice; in esso non si trova detto come nel Codice Francese, che i beni vacanti appartengono allo Stato, invece si trova il principio opposto che uno dei mezzi per acquistare il diritto di proprietà è l'occupazione. Nè vale dire che l'occupazione sia possibile soltanto per le cose mobili, perchè noi sosteniamo che l'occupazione è anche possibile per le cose immobili senza padrone; e ad ogni modo, posto pure che l'occupazione non possa avere per oggetto che cose mobili, da ciò non si può dedurre che l'eredità vacanti appartengono allo Stato, perchè le eredità non sono per se stesse beni immobili. Inoltre la lettera della legge è molto chiara: l'art. 758 dice:

« *In mancanza delle persone chiamate a succedere secondo le regole stabilite nelle Sezioni precedenti, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato.* »

Questo articolo parla di devoluzione, ora la parola devoluzione implica il concetto che la persona a favore della quale la devoluzione avviene, sia erede, inoltre nella rubrica si dice: "Della successione dello Stato." Ancora, manca la disposizione del Codice Francese in cui si dice che lo Stato è un successore irregolare, e manca la disposizione in cui si nega allo Stato la saisine héréditaire. Dunque è innegabile che lo Stato è in Italia un vero e proprio successore; cioè il titolo per cui acquista l'eredità vacante non è l'ius occupationis, ma il ius successionis. L'unico argomento che il Gabba adduce a sostegno della sua opinione è questo che la successione legittima è un testamento presunto. Ora, egli dice, si può presumere che un cittadino che non lascia eredi legittimi abbia voluto pensare allo Stato? Si può presumere l'esistenza di un vincolo di affetto tra lo Stato e il cittadino? Non potendosi presumere l'esistenza di questo vincolo, non potendosi presumere nel defunto la volontà di lasciare il proprio patrimonio allo Stato, se questo succede, succede non per diritto successionis ma per diritto di occupationis.-

La risposta a questa obbiezione è molto facile. È un metodo sbagliato dedurre delle conseguenze pratiche e giuridiche da una teoria che non è norma di legge, ma serve sol per spie=

gare certe norme di legge. Quindi ammessa an=
che la verità di quella teoria non si può de=
durre che lo Stato succeda jure occupationis.
Ma noi abbiamo visto che la successione le=
gittima non è un presunto testamento, non ha
sua base nella volontà del defunto, ma su certi
rapporti che legano il defunto ai superstiti, e
che la legge ha preso in considerazione. Lo Sta=
to non è certo un parente e quindi non può
esservi un vincolo di sangue, ma come dice=
va Tacito, lo Stato è <u>parens omnium</u>,
e la legge di questo vincolo ha tenuto conto.

---

## §49. Varie quistioni intorno alla successione dello Stato.

Dalla determinazione dell'indole giuridica
del diritto dello Stato, sulle eredità vacanti si
suole far dipendere la soluzione di varie qui=
stioni. Anzitutto lo Stato deve o no accettare
col beneficio dell'inventario? Quelli i quali so=
stengono che lo Stato sia erede derivano la con=
seguenza che egli deve accettare col beneficio
d'inventario; quelli invece che sostengono

che lo Stato non sia erede, dicono coerentemen=
te che può fare a meno dell'accettazione
con beneficio d'inventario. Ma noi riteniamo
mo che qualunque indole si attribuisca al
diritto dello Stato, questi non può essere re=
sponsabile ultra vires. Infatti anche posto, co=
me noi crediamo, che lo Stato sia un vero
e proprio erede, quali principii dovranno ap=
plicarglisi? Secondo me bisogna applicare i
principii che riguardono i corpi morali. Ora
questi non possono accettare efficacemente la
eredità se non col beneficio dell'inventario
e l'articolo 932 dice:

«L'eredità devolute ai corpi morali non possono essere accettate se non col beneficio d'inventario secondo le forme stabilite dai rispettivi regolamenti»

Ma si dice, lo Stato non è compreso nei
corpi morali. Rispondiamo: è vero che il
Codice, quando parla delle persone giuridiche,
non parla dello Stato, ma si sa che lo Sta=
to è la persona giuridica per eccellenza, e
perciò non occorreva parlarne, ma se sen=
za dubbio è persona giuridica, le disposizioni
del Codice in cui si parla dei Corpi mora=
li, saranno applicabili anche allo Stato, il
quale quindi non potrà accettare senza il
beneficio dell'inventario. Ciò risulta anche dal=

la circolare emanata dal Direttore Generale del Demanio in data 24 Maggio 1886 a tutti gli Intendenti di Finanza in cui si prescrive di accettare sempre col beneficio d'inventario. Ma poniamo che in fatto ciò non avvenga, incorre o no lo Stato nella responsabilità di pagare *ultra vires*? No, pensiamo noi, perchè si può per analogia applicare l'articolo 963 nel quale si dice che i minori, gli interdetti, cioè tutti gl'incapaci ad accettare da sè l'eredità, ancorchè il loro rappresentante non accetti col beneficio d'inventario, si reputano avere accettato col beneficio d'inventario, decadono da tale beneficio, solo quando sia cessata la causa dell'incapacità. Ora questo articolo si può applicare anche ai corpi morali, perchè si trovano anch'essi nella stessa condizione d'incapacità d'agire; vi è soltanto questa differenza che, mentre gl'incapaci fisicamente un giorno acquisteranno la loro capacità, i corpi morali non l'acquisteranno mai: quindi mentre il beneficio dell'articolo 963 è temporaneo per gli incapaci fisicamente, è perpetuo per i corpi morali. Perciò se lo Stato è un ente morale che è obbligato ad accettare con beneficio d'inventario, si può considerare beneficiato di diritto, per applicazione analogica dell'articolo 963, onde si può dire che lo Stato pur essendo vero e proprio erede non è respon=

sabile <u>ultra vires</u> anche se trascuri l'accet=
tazione col beneficio d'inventario.

Un'altra quistione è quella che riguarda la rinunzia. Lo stato può rinunziare all'ere=
dità? Secondo l'opinione di coloro i quali dicono che lo Stato eserciti un <u>ius imperii</u>, un di=
ritto di sovranità, non potrebbe rinunziare. Il diritto dello Stato oltre ad essere un diritto sarebbe un vero e proprio dovere, perchè se lo Stato potes=
se rinunziare, i beni resterebbero in balia dei cittadini, diverrebbero <u>res nullius</u>. Invece secon=
do l'opinione di coloro che ritengono lo Stato essere un vero e proprio erede, esso potrebbe ri=
nunziare. Ciò che va rilevato è l'avviso del Fi=
lomusi Guelfi il quale, pur sostenendo che lo Stato sia erede, crede che d'altra parte lo Stato non possa rinunziare, perchè rinunzian=
do si avrebbero cose senza padrone; il che è im=
possibile nel sistema del Diritto Civile Italia=
no. Noi invece riteniamo che il nostro Codi=
ce non escluda la possibilità dell'esistenza di cose senza padrone di <u>res nullius</u>, ma an=
che prescindendo da questo, se lo Stato è erede co=
me ogni altro erede, se ha diritto all'eredità va=
cante a titolo di successione, ha diritto anche a rinunziare come qualunque altro erede; per=
chè nessuno è erede se non vuole. Tanto è ve=
ro questo, che il diritto di rinunzia è impli=
citamente riconosciuto nella normale citata

dal Direttore Generale del Demanio che ingiunge di accettare col beneficio d'inventario, solo se sia riconosciuta la convenienza d'accettare, altrimenti gli Intendenti di Finanza dovranno astenersi da qualsiasi ingerenza nei beni appartenenti all'eredità vacante.

Un'altra quistione che si fa è quella relativa al caso di assenza dichiarata. Poniamo che una persona assente non abbia eredi legittimi: può lo Stato domandare la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. Se lo Stato è erede può domandarla, se non è erede non può domandarla, perchè in questo caso non si può parlare di beni vacanti capaci di occupazione, non essendo ancora questi beni res nullius. Il Gabba, facendo un circolo vizioso, ci dice: volete vedere che lo Stato non è erede? si desume da ciò che egli non può essere immesso nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, perchè non si trova con questo in nessun grado di parentela; mentre l'articolo 31 presuppone che gli immessi in possesso siano dei parenti e secondo la maggiore o minore prossimità di parentela permette loro di appropriarsi di una maggiore o minore parte delle rendite. Ma questo argomento non solo costituisce un circolo vizioso, ma non è nemmeno fondato nella legge, perchè l'articolo 31 parla non solo di parenti che possono immettersi nel posses=

so dei beni dell'assente, ma anche di estranei, e se è così tra gli estranei può essere compreso lo Stato. Dunque solo se sia stato già dimostrato che lo Stato non è erede, si può dire che non può essere immesso nel possesso dei beni dell'assente, non già nell'ipotesi contraria. Perciò noi che riteniamo lo Stato avere la qualità d'erede, non troviamo alcuna difficoltà ad ammettere la conseguenza che esso possa pretendere l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente.

Un'altra quistione è quella che riguarda la prescrittibilità del diritto di accettazione dell'eredità, che per regola Generale del nostro Codice si prescrive in 30 anni. Si domanda: se lo Stato si fa vivo dopo 30 anni per pretendere la successione, egli ha diritto ancora all'accettazione oppure il suo diritto è prescritto? Si dice: se è erede, il suo diritto è prescritto, perchè la legge non fa distinzione; se non è erede il suo diritto non è prescritto. Che diremo noi? Altra volta ritenemmo che, anche concepito lo Stato come vero erede, la sua facoltà d'accettare non si prescrive, se in 30 anni; perchè lo Stato ha diritto ad adire un'eredità solo quando vi sia la certezza della mancanza di eredi legittimi, certezza che non si può avere se non dopo passati 30 anni dall'apertura della successione, perchè dopo questo tempo anche se effettivamente vi

erano degli eredi, non avendo essi nè accettato, nè rinunziato han perduto la facoltà di accettare, epperò unico erede possibile rimane lo Stato. Ma ora, meglio riflettendo, crediamo bisogni tenere ben distinte due ipotesi di fatto, quella in cui sia certa la mancanza di eredi, oppure gli eredi siano noti, e quella in cui si ignora se vi siano eredi e quali siano. Se vi è certezza della mancanza di eredi, o se gli eredi sono noti, e nel trentennio non avviene l'accettazione nè da parte loro, nè da parte dello Stato, la prescrizione si verifica anche a danno di questo, perchè si è verificato anche per lo Stato l'inerzia o negligenza nell'esercizio del proprio diritto, ch'è requisito essenziale per la prescrizione. Infatti lo Stato avrebbe nel caso di esistenza di eredi noti potuto avvalersi del mezzo accordato dall'articolo 951 a ogni interessato, se non l'ha fatto è stato negligente, e perciò dovrà subire la conseguenza della prescrizione, come qualunque altro erede. Ma se gli eredi non sono noti in nessun tempo del trentennio, e v'è perciò la possibilità che si rendano noti anche all'ultimo momento, lo Stato non potrà avvalersi del rimedio accordato dall'articolo 951, che presuppone l'esistenza di persone da chiamarsi in giudizio per interpellarle se intendano accettare o rinunziare, e d'altra parte avendo il diritto di accettare l'eredità, solo quando manchino gli

altri eredi, è evidente che verificandosi tale mancanza solo col compimento del trentennio, lo Stato non può dirsi inerte, o negligente nell'esercizio del diritto, e questo perciò non può considerarsi come prescritto

---

## § 50. La successione dello Stato nel diritto internazionale privato.

Dalla determinazione dell'indole del diritto dello Stato sull'eredità vacante dipende anche la risoluzione della quistione di diritto internazionale privato, se, cioè, morendo uno straniero che lascia beni in Italia, abbia diritto di succedere in mancanza di parenti lo Stato a cui lo straniero appartiene, oppure lo Stato Italiano. Se riteniamo che lo Stato abbia un *ius successionis*, allora siccome per l'articolo 8 delle disposizioni preliminari, la successione dello straniero è regolata dalla legge della nazione a cui appartiene, dobbiamo ammettere che lo Stato straniero possa per diritto di successione, impadronirsi dei beni lasciati in Italia dal suo suddito. Invece se si ritiene che allo Stato

Italiano, l'eredità vacante spetti non *iure successionis* ma *iure occupationis* ne discende la conseguenza contraria, che cioè il diritto dello Stato, essendo un diritto di sovranità politica, si esercita su tutti i beni vacanti che si trovano nel territorio, a chiunque appartengano, quindi anche se appartengono a uno straniero. Ora noi, avendo ritenuto che lo Stato in tanto succede a chi non ha parenti legittimi, in quanto è considerato come vero e proprio erede, dobbiamo dire che, quando uno straniero morendo lascia beni nel Regno, non può lo Stato Italiano impadronirsene, appunto perchè non gli spetta riguardo allo straniero il *ius successionis*. La succesione per l'articolo 8 delle disposizioni preliminari è regolata non dalla legge del luogo in cui si trovano i beni, cioè nel caso nostro dalla legge Italiana, ma dalla legge della nazione a cui appartenga lo straniero; perciò deve succedere lo Stato straniero. Questa è la soluzione logica della quistione. Però contro di essa si fanno delle obbiezioni. Il Gabba osserva: volete una prova che non spetta allo Stato straniero il diritto di impadronirsi dei beni appartenenti a un suo suddito, ma che si trovano in Italia? C'è un principio generale nel nostro diritto Civile, sanzionato anche dalla legge del 1850 che riguarda lo acquisto dei beni da compiersi dai corpi morali, per cui nessun corpo morale può acqui-

stare dei beni a titolo gratuito senza l'autoriz=
zazione dello Stato: Ora essendo lo Stato Stra=
niero nè più nè meno che un corpo morale,
non può acquistare dei beni in Italia senza
l'autorizzazione del Governo Italiano. Posto que=
sto principio generale, dice il Gabba, e ammes=
so che lo Stato straniero abbia il diritto di succe=
dere nei beni lasciati da un suo suddito in I=
talia, il Governo Italiano come potrebbe autoriz=
zare lo Stato Straniero, così potrebbe anche nega=
re l'autorizzazione. Ora come si concilia il di=
ritto dello Stato Straniero che è un diritto di suc=
cessione, col potere dello Stato Italiano di impe=
dire l'esercizio di quel diritto negando l'autorizza=
zione? Dal momento che c'è la possibilità che
lo Stato Italiano impedisca a quello straniero
di acquistare dei beni vacanti in Italia, vuol
dire che il diritto appartenente allo Stato non
può considerarsi come un vero e proprio dirit=
to di successione, ma invece come un diritto
di impero che può essere esercitato solo nei limi=
ti del proprio territorio. Un'altra osservazione
fa il Gabba dicendo: Se noi ammettiamo che
lo Stato Straniero abbia il diritto di succedere
nei beni lasciati da un suo suddito in Italia,
dovremo ammettere che lo Stato Italiano abbia
un diritto uguale sui beni lasciati da Italiani
in uno Stato Straniero. Ma questo in fatto non
avviene, perchè non tutte le leggi del mondo ci=

vile riconoscano il principio ammesso dalla legislazione Italiana, che cioè la successione è regolata dalla legge della nazione cui lo stra=niero appartiene. Quindi ne deriverebbe questo inconveniente, che, mentre lo Stato straniero ha diritto di impadronirsi dei beni lasciati da un suo suddito in Italia lo Stato Italiano non ha diritto di pretendere i beni lasciati da un Italiano per esempio in Inghilterra. Ora non essendoci reciprocità nell'esercizio di questo di=ritto, non deve ammettersi il diritto in uno Sta=to Straniero di impadronirsi dei beni immo=bili lasciati in Italia da un suo suddito. - Que=ste osservazioni del Gabba non hanno però se=rio fondamento.

Non ha fondamento l'obbiezione tratta dalla necessità dell'autorizzazione dello Stato ai corpi morali, perchè essi acquistino a titolo gratui=to, perchè la legge del 1850 richiede l'autoriz=zazione sempre e solo per gli acquisti volontarii, cioè acquisti di beni immobili anche a titolo oneroso, e acquisti a titolo gratuito di cose mobili o immobili in forza di donazio=ni o disposizioni testamentarie. Quindi, posto in relazione di questa legge, l'articolo 932 Cod. Civ. che richiede l'autorizzazione perchè i cor=pi morali possano accettare l'eredità loro devo=luta non può riguardare che le eredità prove=nienti da testamento; il che risulta del resto

dalla semplice considerazione che ai corpi morali non può essere devoluta una proprietà che per testamento soltanto. La necessità dunque dell'autorizzazione non occorre per gli acquisti *ex lege*, per gli acquisti indipendenti dalla volontà; come sarebbero quelli derivanti dalla successione legittima in favore dello Stato. E che questo sia vero, si desume da ciò che se la legge del 1850, e l'articolo 932 cod. civ. riguardassero tutti gli acquisti a qualunque titolo, compreso quello per diritto di successione legittima, allora non solo lo Stato Straniero dovrebbe essere autorizzato per esercitare questo diritto in Italia, ma lo stesso Stato Italiano dovrebbe ottenere la autorizzazione governativa per potere succedere, eppure questa autorizzazione non è richiesta. Ora se lo Stato Italiano, quando è chiamato alla successione in base al Cod. Civ., non ha bisogno di autorizzazione governativa, mentre ne ha bisogno quando sia istituito erede o legatario in un testamento, lo stesso avverrà per lo Stato Straniero. Questo posto che abbia diritto ai beni vacanti del suo suddito morto in Italia, non ha bisogno di autorizzazione perchè titolo dell'acquisto è la legge, non la volontà del privato. Dunque è evidente che la osservazione del Gabba non ha nessuna importanza. Ma concedasi pure che l'autorizzazione sia un requisito necessario, perchè lo Stato pos=

sa succedere, che vorrà dire ciò? La necessità dell'autorizzazione non importa incapacità a ricevere, ma implica incapacità ad accettare soltanto, il che è ben diverso. I corpi morali sono capaci di ricevere per testamento, per donazione, capaci in generale di acquistare, soltanto per esercitare questa facoltà hanno bisogno dell'autorizzazione governativa; quindi la necessità dell'autorizzazione non tocca il diritto di ricevere, ma riguarda solo la capacità di esercitare questo diritto. Sicchè, posto pure che lo Stato straniero abbia bisogno dell'autorizzazione del Governo Italiano per succedere al suddito che ha lasciato beni in Italia senza avere parenti legittimi, ciò non significa che manchi in lui lo stesso diritto; questo v'è, e solo il suo esercizio di fatto dipenderà dall'autorizzazione. Perciò dalla necessità dell'autorizzazione non si può desumere la mancanza del diritto nello Stato Straniero di conseguire la successione di un suddito morto in Italia. L'altra ragione desunta dalla mancanza di reciprocità di questo diritto di succedere tra lo Stato Italiano e gli Stati Stranieri, è anche meno fondata; perchè se si dovesse badare al principio della reciprocità, si verrebbe a distruggere tutte le regole del diritto internazionale privato, sancite dal nostro Codice, mentre questo ha voluto abbandonare il sistema della reciprocanza, seguito da altre legislazioni.

Così, per es.: la legge Italiana ammette che gli stranieri possano litigare in Italia senza pagare la così detta _cautio iudicatum solvi_. Or bene che significa ciò? Significa forse che la legge italiana concede questo diritto allo straniero solo per sè e in quanto la legge personale di costui concede ugual diritto agli italiani? No, senza dubbio. E così in tutti gli altri casi in cui si riconosce un diritto allo straniero. Ora se in tutti gli altri casi la legge nostra prescinde dalla reciprocità, deve ritenersi che ne prescinda anche nel caso di successione dello Stato. Ciò che più grave è che lo stesso Filomusi Guelfi, il quale accetta il nostro concetto, cioè che lo Stato ha un _ius successionis_ non un _ius occupationis_, sui beni delle eredità vacanti, risolve diversamente da noi la questione di diritto internazionale privato. Egli dice: nonostante che lo Stato debba ritenersi erede, nonostante che esso non eserciti un diritto d'occupazione; se un suddito straniero muore in Italia lasciando beni immobili, di questi non si può impadronire lo Stato Straniero, ma se ne deve impadronire lo Stato Italiano. Perchè egli dice, è vero che nell'art. 8 delle disposiz. prel. è stabilito che le successioni sono regolate dalla legge del defunto; ma quest'articolo 8 deve essere messo in correlazione con l'art. 6 delle stesse disp. preliminari, il quale dice che i rap=

porti di famiglia di una persona sono regolati dalla legge della Nazione cui la persona appartiene.

In altri termini, dice il Filomusi, se la legge personale regola tanto i diritti di famiglia quanto i diritti di successione, ciò segue per il rapporto intimo che passa tra il diritto di successione e il diritto di famiglia; Sicchè il legislatore ha inteso dire che in tanto la successione è regolata dalla stessa legge che regola la famiglia, in quanto l'istituto della successione trova il suo fondamento nei vincoli del sangue. Ma lo Stato, dice il Filomusi, quando pretende il diritto alla successione di una persona morta senza parenti, non lo pretende in base all'__ius sanguinis__, in base a rapporti di famiglia che non esistono, ma lo pretende in base all'__ius imperii__. Quindi mancano le ragioni, conclude il Filomusi, per applicare a questo caso la disposizione dell'art: 8 Disp. prel. che si fonda sul presupposto che la successione sia basata sui rapporti di famiglia; talchè pure essendo il diritto dello Stato sull'eredità vacante un diritto di successione, questo ha sua giustificazione nel __ius imperii__ non già nell __ius familiae__, non è lo Stato straniero che deve succedere ma lo Stato Italiano. Ma questa argomentazione del Prof.

Filomusi è errata secondo me; perchè non è vero che l'art.° 8 delle disp. preliminari, il quale dispone che la successione è regolata dalla legge nazionale del defunto, sia applicabile solo nei limiti derivanti dall'art.° 6 delle stesse disp. preliminari, in cui si stabilisce che i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui appartiene lo straniero. C'è, è vero, correlazione fra questi due articoli, ma non coincidenza perfetta, in quanto che l'art.° 8 fa regolare dalla legge nazionale non solo la successione legittima, ma anche la successione testamentaria; eppure la successione testamentaria non ha suo fondamento in vincoli del sangue; quindi non si può dire che la stessa ragione informatrice dell'art.° 6, cioè la considerazione dei vincoli di sangue, sia informatrice dell'art.° 8.

---

## §. 51. La successione dello Stato alle persone giuridiche estinte.

---

Avendo parlato della successione dello Stato secondo il Cod. Civ., ora dobbiamo parlare di alcuni casi di successione dello Stato, non regolati dal codice. Il primo caso è la successione dello Stato alle persone giuridiche estinte. Una perso=

na giuridica si estingue o per fine naturale, cioè quando è giunto il termine fissato nell'atto costitui-to, o ha conseguito lo scopo per cui cominciò ad e-sistere, o quando s'è verificata la condizione sospen-siva o risolutiva, e si può estinguere pure per fine violento, come nel caso di soppressione. Ora chi succede nel patrimonio dell'ente estinto per fine violenta o per fine naturale?

Nel caso di fine naturale il successore si può tro-vare designato nelle tavole di fondazione, o nell'at-to di costituzione; nel caso di soppressione violen-ta il successore può essere determinato anche dalla legge stessa di soppressione, come è avvenuto in I-talia per la soppressione degli enti regolari e de-gli enti secolari ecclesiastici, in cui è stata la leg-ge stessa che ha determinato il successore di que-sti enti, che è il fondo per il culto. Ma quando non v'è nessuna disposizione nelle tavole di fon-dazione, o nell'atto di costituzione, quando non vi è nessuna disposizione di legge specia-le, opinione comune è che la successione si apra in favore dello Stato. Però questa è stata recen-temente combattuta in Italia dal Fadda, il quale ha osservato che la comune opinione si fonda sull'argomento di analogia con la dispo-sizione del Codice Civile che fa succedere lo Sta-to alla persona fisica che muore senza lasciare parenti legittimi. -

Ma questa analogia, non v'è, secondo lui,

perchè mentre alla successione delle persone fisi=
che, lo Stato è chiamato come <u>ultimo erede</u>,
cioè solo in mancanza di eredi legittimi, nella
successione delle persone giuridiche lo Stato sa=
rebbe chiamato non già come ultimo erede, ma
come <u>unico erede</u>; in quantochè per le perso=
giuridiche non è, come per le fisiche, possibile
l'esistenza di eredi legittimi perchè non è pos=
sibile la parentela. Sicchè non essendovi que=
sta possibilità, c'è differenza fra i due casi: in
un caso lo Stato è l'erede ultimo, nell'altro ca=
so è l'unico erede.
Non sussistendo analogia fra i due casi, il
principio della successione dello Stato alla perso=
na fisica morta senza eredi, non può applicar=
si al caso della estinzione della persona giu=
ridica, e perciò non lo Stato dovrebbe succedere,
ma quel corpo morale o quell'opera pia che
ha natura e scopo analoghi all'ente estinto.
Così per es: se si estingue un ospedale, i beni
di questo dovrebbero andare a favore di un al=
tro ospedale, del comune, del circondario, del=
la provincia, oppure a favore di un altra ope=
ra di beneficenza che ha fine analogo a quello
dell'ente estinto. Così se si è estinto un istituto
di pubblica istruzione, il suo patrimonio do=
vrebbe andare ad un altro ente che abbia lo
stesso fine della cultura pubblica. Così lo Sta=
to verrebbe chiamato in ultimo luogo, quando

cioè estinguendosi un ente morale non se ne trovi un altro che abbia lo stesso o simile scopo nell'ambito del comune, del circondario, della provincia o dello Stato. Questa opinione è eminentemente razionale; ma noi crediamo che essa non trovi fondamento nel diritto positivo, in cui trova invece sostegno l'altra, che cioè lo Stato sia il successore delle persone giuridiche. Infatti c'è analogia tra il caso della successione alla persona fisica e quello della successione alla persona giuridica, perchè tanto in un caso che nell'altro lo Stato è sempre l'ultimo dei possibili successori. Invero anche nel caso di persona giuridica estinta, non si può dire che lo Stato sia l'unico successore. Poichè anzitutto è possibile che nelle tavole di fondazione dell'atto di costituzione dell'ente estinto, sia designato il futuro successore, e quindi si abbia una specie di successione testamentaria. Inoltre c'è la possibilità della successione legittima, che avviene quando c'è una legge che determina in via generale o nel caso singolo chi debba essere il successore. Cosicchè solo quando queste possibilità vengano a mancare lo Stato è chiamato a succedere. L'analogia quindi tra il caso di morte di persona fisica e quello di estinzione di persona giuridica è completa, inquantochè anche quando lo Stato succede ad una persona giuridica non è l'unico successore, bensì l'ultimo successore, come quel-

lo che ha diritto solo in mancanza di altri. Perciò è da conchiudere che non essendovi successore designato nelle tavole di fondazione, in una legge speciale lo Stato ha diritto di succedere alle persone giuridiche estinte o soppresse come vero e proprio erede. ——

## §. 52. Succesione di Stato a Stato.

Un altro caso di successione che esorbita dal diritto privato e che appartiene soltanto al diritto pubblico è quello della successione di Stato a Stato. Uno Stato perisce per la conquista compiuta da un altro Stato o per l'annessione ad altro Stato! Sorge la quistione: lo Stato che conquista o che si annette un altro Stato risponde di tutte le obbligazioni patrimoniali assunte dall'altro Stato scomparso e ne risponde *ultra o intra vires*?
La quistione non si risolve con i principi generali di diritto privato, ma con quelli di diritto pubblico.
Certamente lo Stato che sottentra ad un al-

tro Stato per qualsiasi ragione, per conquista, per annessione, non sottentra negli obblighi dipendenti esclusivamente dal carattere politico, negli obblighi cioè dipendenti dall'esercizio dell'ius imperi dello Stato conquistato o annesso. Così per es. i trattati compiuti da uno Stato, non obbligano lo Stato che gli succede per diritto di conquista; il trattato compiuto da uno Stato annesso e quindi distrutto mediante l'annessione, non obbligano lo Stato che se lo annette, perchè venendo ad essere trasformata la forma politica dello Stato, vengono a cessare gli obblighi inerenti a quella determinata forma, ma non si può dire lo stesso per ciò che riguarda gli obblighi patrimoniali; e ciò per la ragione che nello Stato bisogna distinguere due elementi: l'elemento politico o formale, e l'elemento sostanziale. L'elemento politico o formale è costituito dalla forma politica di uno Stato, l'elemento sostanziale, è costituito dal populus. Ora ciò che muta è il governo, l'elemento formale; ma il populus, l'elemento sostanziale, resta sempre immutato; quindi se quello che resta immutato in sostanza è il popolo, soggetto attivo e passivo dei diritti e dei doveri patrimoniali, è evidente che questo elemento restando immutato, devono restare immutati i diritti e gli obblighi inerenti ad esso.

E così la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto che qualora ad uno Stato succeda un altro per conquista o per annessione, più che di vera successione nei rapporti patrimoniali, si debba parlare di continuazione dell'antico Stato, inquantochè dura e continua l'antico soggetto di quei diritti e di quegli obblighi, cioè il _populus_. Quindi si è ammesso che lo Stato successore d'altro Stato debba rispondere di tutti i pesi e debiti patrimoniali dello Stato scomparso, e ciò non soltanto se il fisco dello Stato estinto sia sufficiente a pagare questi pesi ma anche quando sia insufficiente. Così lo Stato Italiano ha dovuto pagare tutti i debiti degli altri Stati precedenti ed ha soddisfatto tutte le obbligazioni assunte da loro. Ora in questo caso non si ha vera e propria successione di diritto privato, perchè nel diritto privato noi abbiamo detto che lo Stato si considera accettante col beneficio d'inventario, cioè risponde dei debiti _intra vires_, anche se effettivamente non abbia accettato col beneficio d'inventario.

---

# III.

# Successioni testamentarie

---

## §. 53 - Fondamento della successione testamentaria

---

La successione testamentaria non ha lo stesso fondamento della successione legittima e non si presenta così facilmente giustificabile come questa. La successione legittima ha la sua giustificazione nel diritto di famiglia; mentre il diritto di famiglia, appunto può essere sacrificato dalla successione testamentaria. Perciò nelle società primitive in cui era saldo il vincolo della famiglia non si conobbe il testamento. Presso i Germani in cui vigeva il sistema della comunione domestica come notava Tacito, *nullum testamentum*.

Presso i Romani stessi il testamento co-

minciò a trionfare col prevalere dell'individualismo; ma in origine pare che non sia esistito, tanto vero che la più antica forma del testamento fu quella calatis comitiis, cioè la forma di una legge che il popolo approvava per derogare alla contraria legge generale in favore della successione familiare. Perciò il testamento fu fatto segno agli attacchi dei socialisti, e anche prima di loro, tra canonisti e seguaci del diritto naturale vivamente si discusse se il testamento fosse un'istituzione del diritto positivo o un'istituzione del diritto naturale, e molti sostengono che fosse un istituto del diritto positivo e quindi facilmente ne propugnarono l'abolizione.

Che cosa diremo noi?

Noi diciamo che il testamento è un'istituzione di diritto positivo, senza dubbio come tante altre istituzioni; ma ciò che interessa esaminare è se il testamento sia il prodotto di un diritto arbitrario, oppure sia basato sugli istinti naturali dell'uomo.

Ora ci sembra ovvio il pensare ch'esso sia basato sugli istinti naturali dell'uomo, che, avendo una proprietà, vuole trasmetterla come meglio gli talenta; invece si violerebbe quest'istinto umano qualora si proibisce all'uomo disporre come meglio gli piace del frutto del suo lavoro e dei suoi risparmi. —

D'altro canto il testamento trova il suo fondamento nel diritto di proprietà; ammesso il diritto di proprietà individuale ne viene per conseguenza il diritto di testare; e solo quelli che negano il diritto di proprietà individuale possono con fondamento negare il diritto di testare. Ma noi che non neghiamo il diritto di proprietà, ma solo ammettiamo che esso debba ricevere dei limiti nell'interesse sociale, non possiamo negare il diritto di testare, sebbene anche questo debba essere limitato.

Nè contro la legittimità della facoltà di testare vale la ragione addotta da alcuni, cioè che non si può giustificare come la volontà umana possa avere efficacia in un tempo in cui l'uomo più non esiste.

Questa obbiezione ha un valore puramente metafisico e non giuridico. Ora se si vuole fare della metafisica, noi possiamo rispondere con Leibnitz e con Rosmini che la volontà umana ha efficacia anche quando non esiste più per il principio dell'immortalità dell'anima, il quale principio giustifica il testamento.

Ma noi non vogliamo ricorrere a questa risposta perchè potremmo sentirci obbiettare che molti non credono all'immortalità dell'anima; ma preferiamo ricorrere al principio giuridico « _quod antea est voluntatis, postea sit necessitatis_ », che come vale a

spiegarsi l'efficacia di un contratto, anche dopo che sia cessata la volontà di chi lo concluse, così può valere anche pel testamento.

Certamente anche nei contratti si avvera lo stesso fenomeno: se io oggi che sono nella pienezza delle mie facoltà intellettuali faccio un contratto di compra-vendita, di donazione, questo mio contratto avrà efficacia, anche se domani più non esisto, o perdo la capacità di volere.-

Ora se questo avviene per i contratti, perchè non dovrebbe avvenire anche pel testamento?

---

## §.54 - Concetto del testamento.

---

Il Codice così definisce il testamento allo art°. 759. « Il testamento è un atto revocabile col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o più persone ».

Questa definizione è una delle più esatte del Codice Civile, e coincide perfettamente con quella di Modestino (*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*) la quale però non può dirsi completa ed esatta di fronte al Diritto romano, perchè manca della nota essenziale del testamento romano, cioè l'istituzione d'erede, talchè l'atto in cui non ci fosse l'istituzione di erede, non era testamento.-

Invece nel diritto nostro non occorre più l'istituzione d'erede che era necessaria nel testamento romano.- Il concetto quindi del testamento nel diritto italiano è diverso del concetto romano; ciò che per diritto romano era essenziale, per diritto nostro è cosa accidentale.

Ma come si spiega questo mutamento? Esso si spiega mediante l'evoluzione storica.-

Nel Diritto Germanico e nell'antico diritto consuetudinario francese <u>nullum testamentum</u>; quando poi si introdusse il testamento, non si abbandonò per questo il principio: <u>solus deus herede facere potest, non homo</u>; onde seguì che il testamento non importava mai l'istituzione di erede. Così si ebbe il fenomeno che nel diritto consuetudinario francese il testamento assunse la stessa figura che aveva nel Diritto Romano il codicillo, che era una disposizione di ultima volontà la quale

non conteneva l'istuzione di erede. Questa dispo=
sizione dapprima pel Dritto Romano fu in=
valida, ma in seguito divenne valida, e si
distinse il codicillo confermato dal testamento, dal
codicillo non confermato; ed allora sorse l'uso
della cosidetta clausola codicillare; cioè la di=
chiarazione che se l'atto di ultima volontà non
avesse efficacia come testamento, l'avesse come
codicillo.

Il nostro codice però non ha ritenuto im=
possibile come quello francese, l'istituzione di
erede per testamento; ma d'altra parte non
ha creduto che questa istituzione sia necessa=
ria. Quindi oggi nel Dritto nostro non c'è
una differenza tra testamento e codicillo, co=
sa importante a rilevarsi perchè mentre nel
diritto antico si richiedevano alcuni requisi=
ti per la forma del testamento e non già
pel codicillo, oggi invece essendo il testamen=
to ridotto all'antico codicillo, qualunque sia
la denominazione adoperata, si chiami te=
stamento o codicillo l'atto di ultima volon=
tà deve essere rivestito di tutte le formalità
volute dalla legge per un testamento vali=
do. Però oggi la parola codicillo ha assun=
to un altro significato: significa una di=
sposizione testamentaria secondaria, ag=
giunta alla disposizione principale che
si suole chiamare testamento.

---

## §. 55. Il testamento non è contratto.

---

Il Codice dice che il testamento è un atto.

Perchè dice atto?

La parola atto significa anzitutto che il testamento è un atto giuridico. L'atto giuridico è qualsiasi dichiarazione di volontà, quindi anche il testamento è una dichiarazione di volontà e perciò è sottoposta a tutte le regole generali a cui sono sottoposte le dichiarazioni di volontà.

Ma il testamento è un atto di volontà unilaterale e non un contratto. Ci sono stati varî scrittori, antichi e moderni, che per giustificare il testamento hanno affermato che esso sia un contratto. Essi hanno pensato: poichè nessuno trova difficoltà ad ammettere l'efficacia dei contratti quando la volontà dei contraenti non esiste più, se noi avremo ridotto il testamento ad un contratto, nessuno potrà trovare difficoltà ad ammetterne la legittimità. E volete vedere, essi aggiungono, se il testamento sia un contratto? infatti come nel contratto si richiede il concorso

di due volontà, così il testamento perchè abbia efficacia, è anche necessario il concorso delle volontà del testatore e quella dell'erede.

Però questo concetto è inesatto non solo filosoficamente, ma anche giuridicamente. Secondo i principî di diritto positivo perchè si abbia un contratto non basta che vi siano due volontà, ma è necessario che vi sia l'incontro di queste due volontà, è necessario cioè che le due volontà si uniscano in un tempo qualsiasi.

Quale sia questo tempo di unione delle due volontà è disputato nella dottrina e nella giurisprudenza e la quistione è stata presso di noi risoluta dall'art°. 36 cod. com.

Ma prescindendo da tale quistione, non è dubbio che vi debba essere un momento in cui le due volontà debbono coesistere. Ora si verifica questo incontro, questa coesistenza delle due volontà nell'ipotesi del testamento? No, perchè posto pure che l'accettazione dell'erede o del legatario sia una dichiarazione necessaria per acquistare il dritto, questa per forza di cose si avvera quando più non esiste la volontà di colui che ha fatto il testamento, perchè sol dopo che il testatore è morto l'erede può accettare. Quindi non avviene mai l'incontro delle due volontà. E di ciò ci convinceremo meglio, facendo un confron=

to fra la donazione ed il testamento. Anche nella donazione occorrono due atti di volontà, quello del donante e quello del donatario che accetta, atti di volontà che sono distinti sempre logicamente anche se contemporanei ma che possono essere separati anche cronologicamente.

Ora in quale istante si perfeziona la donazione? Quando l'accettazione è stata notificata al donante. (art.° 1057 cod. civ.)

Quindi non basta che l'accettazione avvenga, ma occorre che sia notificata al donante, perchè solo al momento della notificazione avviene l'incontro delle due volontà e la donazione ha efficacia giuridica.

Ora poniamo che chi ieri ha fatto la donazione sia morto; anche se avverrà domani l'accettazione da parte del donatario, la donazione avrà efficacia?

No, la donazione sarà nulla per mancanza dell'incontro delle due volontà. Ciò è detto espressamente dall'art.° 1057. Dunque anche a volere equiparare l'atto del testamento con l'atto di donazione, si vede che c'è questa gran differenza che mentre il testamento produce efficacia, nonostante che non si abbia l'incontro delle due volontà, la donazione non produce alcuna giuridica efficacia, quando manca l'incontro

della volontà del donante con quella del donatario.

Questo dimostra appunto che il testamento non non è un contratto.

Di qui risultano anche conseguenze pratiche. — Infatti non tutti i principii dei contratti possono applicarsi al testamento; ad esso possono applicarsi quelle norme che regolano i contratti in quanto sono atti giuridici, non quelle che li concernano in quanto sono atti bilaterali.

Vi sono disposizioni comuni tanto agli atti unilaterali che ai bilaterali, ma vi sono anche disposizioni che regolano soltanto gli atti bilaterali; ora queste regole speciali poste dalla legge in considerazione della natura contrattuale degli atti, non possono applicarsi al testamento; mentre al contrario dovrebbe avvenire se il testamento fosse un contratto.

Così la disposizione dell'articolo 1300, che è propria dei contratti, (« <u>Le azioni di nullità o di rescissione di un contratto durano per 5 anni</u> ») non si può applicare al caso del testamento. — Mentre coloro i quali sostengono che il testamento sia un contratto debbono logicamente applicare tale disposizione anche al testamento. —

Il testamento non solo per se stesso è atto unilaterale, e non contratto, ma inoltre nemmeno in concreto può assumere l'indole e la forma con-

trattuale.

Il testamento nel dritto nostro non può farsi per contratto, essendo stati proibiti in modo rigoroso tutti i patti successorii anche le così dette istituzioni contrattuali che erano permesse dal codice delle due Sicilie in occasione di matrimonio.

Ma se accade che si faccia testamento in forma contrattuale come se per esempio un tale scrive un testamento tutto di proprio pugno e in questo atto si trova l'accettazione dell'erede istituito, oppure una persona si presenta al futuro erede innanzi ad un notaio il quale accoglie l'accettazione dell'erede in seno al testamento stesso; si domanda se il testamento così fatto sia valido o nullo.

Secondo noi bisogna distinguere se vi è la sostanza del contratto, vale a dire una prestazione data o promessa in compenso della disposizione testamentaria, indubbiamente l'atto è nullo. Così pure se possa provarsi che l'intervento dell'erede o legatario costituisca la prova della captazione e delle pressioni esercitate sul testatore. Ma se invece un tale intervento fosse semplicemente una formalità superflua e innocua, dovrebbe applicarsi il principio « utile per inutile non vitiatur ». Cioè il testamento dovrà ritenersi valido, rimanendo di nessuna efficacia l'accettazione dell'erede in esso contenuto.

## §.57.- Se il testamento sia essenzialmente atto di liberalità.-

La legge dice atto, ma non dice atto di liberalità.

Ora si domanda: la mancanza della parola liberalità che la legge (artº 1050) adopera a proposito della donazione dee interpretarsi nel senso che un tal concetto sia sottinteso, oppure si deve ritenere che la legge abbia omesso a ragion veduta questa frase?

Gli autori dicono che nonostante il silenzio della legge, il testamento è un atto di liberalità come la donazione; io credo invece il contrario.

Il testamento non sempre si può dire atto di liberalità.

Di ordinario, normalmente, il testamento importa liberalità, ma non è necessario che la importi sempre.

Le disposizioni testamentarie non sempre sono fatte con animo di beneficare; così poniamo il caso che uno nel testamento lasci al figlio la sola legittima ed ad un erede estraneo la disponibile.- Il testamento in quanto assegna la parte disponibile ad un estraneo sarà un atto di liberalità senza dubbio; ma in quanto ai

figli o agli altri riservatari ai quali è stata lasciata la sola legittima, è evidente che non è un atto di liberalità, perchè con tale disposizione nulla si concede agli eredi riservatari più di quello che la legge dà loro.

Poniamo anche il caso che in un testamento ci sia il riconoscimento di un debito, la disposizione testamentaria che importa riconoscimento di debito, certamente non è un atto di liberalità, eppure è una disposizione testamentaria.

Ed infine consideriamo l'ipotesi che alcuno lasci per testamento la sua eredità talmente oberata che il passivo superi o uguagli l'attivo: non si avrà certo una liberalità in favore dell'erede, eppure vi sarà testamento.

Se quindi vi è la possibilità di disposizioni testamentarie motivate da tutt'altro scopo che quello della liberalità, non si può dire che il testamento sia sempre necessariamente un atto di liberalità. - Si deve perciò dire che mentre la causa giuridica caratteristica della donazione è la liberalità, la causa giuridica caratteristica del testamento non è la liberalità ma la disposizione per il tempo in cui il testatore avrà cessato di vivere.

Questo è lo scopo pratico del testamento e questa è la sua causa giuridica. -

## §.58. Il testamento è atto solenne.

---

Fin'ora abbiamo rilevato il significato comu=ne della parola atto, ma esso ha nel linguag=gio legale un altro significato. –

Quando la legge dice che il testamento è un atto, non solo intende dire che non è un con=tratto, ma intende dire che deve essere un at=to scritto, che deve rivestire una forma solen=ne, altrimenti non ha esistenza giuridica.

Così dal nostro Codice furono eliminati i testamenti nuncupativi i quali avevano vi=gore nella pratica medioevale, che del resto seguì il dritto romano.

Bastava cioè una dichiarazione di volontà resa alla presenza di testimoni, perchè avesse efficacia testamentaria, ancorchè non fatta per iscritto.

Per il nostro Codice invece, siccome il testa=mento deve essere un atto scritto, rivestito di tut=te le forme di legge, le dichiarazione di volontà fatta verbalmente alla presenza di testimoni od anche alla presenza di un notaio, se non è ri=dotta in forma scritta, non è testamentaria, è un atto inesistente.

---

## §. 59 - Il testamento è atto revocabile.

---

La revocabilità è la caratteristica essenziale del testamento, tanto essenziale che non si può rinunziare alle facoltà di revocare.

Perchè il testamento deve essere un atto d'ultima volontà e quindi deve rappresentare la volontà del defunto all'ultimo momento di sua vita. La volontà manifestata anteriormente deve perdurare dal momento in cui il testamento fu fatto fino al momento della morte del testatore; se in questo periodo di tempo la volontà muta, deve potersi mutare anche il testamento. In altri termini per avere il concetto del testamento come atto di ultima volontà, è necessario che il testamento abbia la nota essenziale della revocabilità, perchè se non fosse revocabile non sarebbe un atto di ultima volontà ma sarebbe un atto tra vivi.

Questa facoltà, dicevo, è essenziale cosicchè lo stesso testatore non può rinunziarvi.

Ciò è stabilito dall'art.° 912 che dice: « _**Non si può in qualsiasi forma rinunziare alla libertà di revocare o cangiare**_

<u>le disposizioni fatte per testamento; ogni clausola o condizione contraria non ha effetto</u> ». Per spiegare questo articolo bisogna ricordare i precedenti storici.

Nel dritto comune gli autori distinguevano due specie di clausole derogatorie alla facoltà di revocare il testamento; clausole derogatorie relative e clause derogatorie assolute.

La clausola derogatoria assoluta era quella con cui il testatore rinunciava assolutamente alla facoltà di revocare il testamento. Questa clausola poteva essere concepita così: « ogni altro testamento che si trovasse dopo questo, io lo ritengo inefficace ».

La clausola derogatorica relativa consisteva nel rinunziare solo entro certi limiti alla facoltà di revocare.

P. es. « Io testatore ritengo nullo ed inefficace ogni altro testamento posteriore che non porti questo determinato segno, che non sia scritto con questo carattere, che non abbia questa determinata espressione ecc. »

Ora nel dritto comune si ritenne che, mentre la clausola derogatoria assoluta; cioè quella con cui si rinunziava assolutamente alla facoltà di revocare, fosse nulla, invece fosse valida la clausola derogativa relativa, perchè con questa clausola si veniva a

garentire più efficacemente la libertà di testare. In fatti poteva accadere che una persona fosse costretta colla violenza a fare un secondo testamento, nel quale revocare il precedente; se nel primo testamento era detto che qualunque altro posteriore, che non portasse quel tal segno, quel tale motto, dovrebbe essere ritenuto nullo, ne veniva la conseguenza chè, senza altra indagine doveva ritenersi nullo il secondo fatto sotto l'incubo della violenza e non munito di quel segno.

Il nostro codice ha abolito ogni specie di clausola derogatoria e giustamente, perchè, come gli stessi scrittori del dritto commune notavano, anche la clausola derogatoria relativa, che per se stessa poteva avere lo scopo di garentire la libertà del testatore, pure non lo raggiungeva sempre. -

Anzitutto faceva sospettare che il testatore nel tempo stesso in cui faceva il testamento non fosse libero di sè, in secondo luogo l'inserzione della clausola nel testamento poteva essere effetto di raggiri o di minacce da parte di persone interessate acciò quel testamento rimanesse immutato, e finalmente poteva avvenire che se anche il testatore avesse apposto quella clausola liberamente, poi coll'andare del tempo dimentico dei segni caratteristici indicati nel primo testamento, compisse un secon-

do testamento senza quei segni e questo sarebbe di-
chiarato nullo, quantunque fatto spontaneamen-
te e liberamente. Perciò dati questi inconvenienti
il codice ha creduto bene di abolire qualunque
clausola derogatoria; dimodochè se il testatore
pone una di queste clausole nel testamento es-
sa si ha come non apposta, restando sempre
valido il testamento posteriore.

Secondo gli autori la revocabilità del testa-
mento è la nota caratteristica che lo distingue
dalla donazione.

Mentre la donazione è definita dal codi-
ce un atto irrevocabile, il testamento invece è
un atto revocabile. Ma tale osservazione è
inesatta perchè fondata su un concetto inesat-
to della irrevocabilità della donazione. -

Quando il Codice dice che il testamento è revoca-
bile non vuole distinguerlo già dalla donazio-
ne, ma intende distinguerlo da tutti i contrat-
ti in genere, perchè l'irrevocabilità della dona-
zione ha un significato tutto speciale. -

Tutti i contratti una volta conchiusi so-
no irrevocabili. Ora quando la legge dice che
la donazione è irrevocabile, non intende dire
che compiuta che sia non può revocarsi, perchè
questo sarebbe stato inutile; ma intende dire tut-
t'altra cosa.

Mentre cioè tutti i contratti in genere una
volta conchiusi sono irrevocabili, purnondimeno

se in essi è contenuta una clausola che dia diritto ad una delle parti di revocare la propria volontà, questa clausola è valida. (cosidetto *pactum displicentiae*) non può invece un simile patto contenersi nella donazione.

Cosicchè quando la legge dice che la donazione è irrevocabile, intende dire che non vi può essere donazione la quale, contenga una clausola che in via diretta o indiretta autorizzi il donante a revocare la sua volontà; giusta la massima « *donner et retenir ne vaut* » massima sconosciuta ai romani e al codice civile germanico.

Pel dritto romano e pel codice civile germanico, la donazione pure essendo irrevocabile una volta che sia compiuta, può contenere una clausola, la quale attribuisce al donante la facoltà di revocare.

Dato questo concetto di irrevocabilità della donazione, ne deriva la conseguenza che, quando il codice parla di testamento come atto revocabile, non intende contrapporre il testamento alla donazione, ma intende contrapporre il testamento a qualsiasi contratto; perchè qualsiasi contratto compiuto che sia non può revocarsi, invece il testamento compiuto che sia, anche se in esso non si contenga nessuna clausola di revocabilità, è revocabile.

E perchè questa differenza tra il testamento

e i contratti in genere? perchè se il contratto fosse revocabile si verrebbe a ledere il diritto acquisito dall'altro contraente. In ogni contratto v'ha trasmissione di un diritto reale o di un diritto personale, se uno dei contraenti dopo averlo conchiuso, potesse a suo piacimento revocarlo, è evidente che verrebbe a ledere il diritto dell'altro. — Invece, siccome il testamento è atto unilaterale, che non produce immediatamente effetti giuridici a favore di un altra persona, è evidente che la libertà lasciata al testatore di revocare l'atto compiuto, mentre giova al testatore, non viene punto a ledere i diritti altrui, giacchè questi diritti non sono ancora nati.

---

## §60. La disposizione patrimoniale è contenuto essenziale del testamento

La legge dice: "un atto revocabile col quale taluno secondo le regole stabilite dalla legge dispone„. Che vuol dire che il testamento è un atto con cui si dispone?

Vuol dire che il testamento deve essere un atto di disposizione patrimoniale, cioè deve contenere una dichiarazione di volontà diretta a disporre dei proprî beni.

Se vi sia un atto, il quale non contenga la disposizione dei beni, questo non è testamento.

Certo nel testamento possono esservi altre dichiarazioni di volontà che abbiano tutt'altro scopo, come le disposizioni intorno alla sepoltura, alla cremazione, consigli morali o religiosi ai figli, consigli politici ecc; ci possono essere altri atti giuridici, come il riconoscimento dei figli naturali, volontà di legittimare prole naturale per decreto reale ecc; ma tutte queste disposizioni che si possono trovare in un testamento, non ne costituiscono la caratteristica.

Se vi è un atto che contenga soltanto consigli o istruzioni intorno ai funerali ecc, non si ha testamento. È necessario che vi sia disposizione del patrimonio, cioè attribuzione di beni a qualche persona: è questa la caratteristica del testamento, altrimenti esso non entrerebbe nella categoria degli atti patrimoniali.

Ma chi deve disporre? Lo stesso testatore dice la legge e perciò il testamento è un atto eminentemente personale, che non può farsi da altri. Mentre per atti tra vivi una disposizione di beni può farsi da un rappresentante, come un mandatario, un tutore ecc; invece il testamen-

to è un atto di disposizione di beni da farsi soltanto personalmente dal testatore. Non si può far testamento per mezzo di altri, non può farlo il padre invece del figlio, il tutore invece del pupillo ecc.

Ancora la legge dice "dei propri beni" perchè?

Perchè nessuno può disporre dei beni altrui, mentre nel diritto romano c'era la possibilità della cosidetta sostituzione pupillare, cioè quella in cui il padre di famiglia disponeva dei beni del figlio, pel caso che morisse in minore età, questa possibilità è eliminata nel diritto nostro, altrimenti si avrebbe disposizione dei beni altrui. Ma in altro senso la legge parla di sostanze proprie del testatore, nel senso che uno può disporre dei beni in quanto e per quanto sono propri, non già di quei beni, che se oggi sono propri, dopo la morte del testatore saranno di altri. In altri termini la legge, dicendo che il testatore deve disporre delle proprie sostanze, implicitamente condanna la disposizione fide-commissaria, perchè il fidecommesso è una disposizione di ultima volontà, per la quale si lasciano ad una persona dei beni con l'incarico di farne la restituzione ad un terzo e così si viene a disporre dei beni già diventati altrui.

La legge poi dice: "di tutte o parte del

<u>le proprie sostanze</u>„ e qui essa non fa che applicare un principio già esposto in antitesi a quello romano: "nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest."

Si può testare validamente disponendo di una parte soltanto del patrimonio, da ciò scaturisce inoltre una conseguenza contraria a quella del diritto romano. Per diritto romano un nuovo testamento distruggeva l'antico appunto per l'unità della successione testamentaria; invece per diritto nostro siccome in un testamento si può disporre di una parte e in un altro testamento dell'altra parte delle proprie sostanze, il nuovo testamento distrugge l'antico soltanto quando contenga disposizioni incompatibili con quelle del primo, ma se incompatibilità non c'è ambedue i testamenti sono validi ed efficaci. La disposizione dei beni poi può essere fatta a qualunque titolo, universale o particolare e non occorre come abbiamo detto, l'istituzione d'erede (art 827)

La legge dice ancora: "<u>secondo le regole stabilite dalla legge</u>„; queste regole non sono soltanto quelle che riguardano la forma, ma anche quelle che riguardano le facoltà di disporre. Si può disporre, ma sempre rispetto ai beni che formano la così detta disponibile e non rispetto all'indisponibile, o riserva.

---

## § 64. Tempo in cui il testamento diventa efficace

---

Inoltre la legge aggiunge: "per il tempo in cui avrà cessato di vivere„. Questo è il carattere del testamento appunto perchè esso è un atto mortis causa.

Il testamento prima della morte che cosa è?

I Francesi dicono che il testamento prima della morte è il progetto di un atto, non già un atto giuridico. Questo concetto è praticamente vero, ma scientificamente inesatto; non si può dire che il testamento prima della morte del testatore sia il progetto di un atto giuridico, perchè un progetto qualsiasi per avere efficacia dev'essere poi dal suo autore cangiato in atto definitivo: se si fa il progetto di un contratto, ancorchè passino degli anni, rimarrà sempre un progetto, ed avrà solo efficacia quando si muti per volontà delle parti in contratto vero e proprio, giacchè il progetto non è una dichiarazione di volontà produttiva d'effetto giuridico.

Invece il testamento sebbene non produca efficacia nel momento in cui è fatto, produce pe=

rà senz'altro efficacia dopo la morte del testatore; dunque non è un semplice progetto. Piuttosto dovrà dirsi con gli autori tedeschi un negozio giuridico imperfetto. Altro è un negozio giuridico conchiuso, altro è un negozio giuridico perfetto.

Un negozio giuridico si dice conchiuso, quando si è manifestata la volontà relativa ad un determinato oggetto; ma perchè questa dichiarazione possa dirsi perfetta è necessario che essa sia ancora capace di produrre tutti gli effetti giuridici che per legge ne derivano.

Quando per una circostanza qualsiasi un atto giuridico non può produrre i suoi effetti, si dice imperfetto.

Così un contratto sotto condizione sospensiva è un contratto conchiuso, ma non perfetto, perchè per produrre effetti giuridici è necessario l'avverarsi della condizione. Se si fa una vendita senza determinare il prezzo della cosa venduta, la vendita è conchiusa, perchè c'è dichiarazione di consenso, ma non è perfetta, perchè essa produrrà il suo effetto solo quando verrà determinato il prezzo. Così segue per il testamento, in quanto c'è dichiarazione di volontà che si manifesta in tempo anteriore alla morte, è un atto in se stesso compiuto, non già un mero progetto; ma d'altra parte è un atto giuridico imperfetto, in quanto produce i

suoi effetti giuridici non nel tempo in cui si compie, ma in un momento posteriore, quello della morte del testatore. Occorre che avvenga la morte del testatore e di questo momento bisogna tener conto, per determinare tutti gli effetti.

Innanzitutto prima che avvenga la morte del testatore l'erede non ha alcun diritto sull'eredità; ancorchè si faccia un testamento pubblico e sia noto che venne istituito erede; questi non ha altro che una semplice aspettativa, la quale non è in nessun modo tutelata dalla legge; infatti l'erede non può ricorrere nemmeno a provvedimenti che si dicono conservativi; il diritto suo in quanto è un interesse tutelato dalla legge, nasce solo al momento della morte del testatore. Ancora è necessario attendere questo momento per determinare la capacità delle persone e l'entità dei beni, obbietto del testamento.

Supponiamo che si faccia un testamento a favore di una persona che non è ancora capace al momento in cui si fa il testamento. Forse perciò è nullo il testamento? No, perchè bisogna aspettare il tempo della morte del testatore, poichè se in questo la persona che non era capace è divenuta capace, il testamento è valido. Anche per vedere di quali beni il testatore ha disposto non bisogna badare ai beni

che aveva al momento in cui testò, ma a quelli che aveva al momento della morte, e perciò è anche importante guardare al momento della morte per determinare la capacità di disporre del testatore stesso. Poniamo che al momento in cui si fa il testamento sia in vigore la legge attuale, la quale concede al testatore che ha figli, la facoltà di disporre solo di metà dei propri beni, se in avvenire, supponiamo, si pubblichi una legge nuova, la quale limiti maggiormente la facoltà di disporre del testatore e gli conceda di disporre soltanto di un terzo e questa legge si trovi vigente al tempo della morte, il testamento fatto al tempo dell'antica legge, ma perfetto al tempo della legge nuova più rigorosa, deve essere da questa regolato perchè solo in quel tempo la volontà del disponente ha efficacia giuridica.

La legge vigente al tempo in cui il testatore fece testamento, sarà applicabile soltanto per ciò che riguarda la forma dell'atto e la capacità di far testamento, ma per ciò che riguarda la capacità di disporre, e in generale l'efficacia giuridica del testamento, bisogna applicare la legge vigente al tempo in cui il testatore è morto.

---

## §62. Il testamento colletti=vo.

---

Così abbiamo dato il concetto del testamento, analizzando la definizione del Codice; ora da questo concetto ne scaturisce un altro, quello cioè che il testamento deve essere un atto e=minentemente uni-personale; non è possibi=le che due o più persone facciano testamen=to insieme; il testamento per essere valido deve rappresentare l'espressione della volontà di una sola persona che dispone delle proprie sostanze. Se il testamento contiene l'espressio=ne della volontà di due o più persone che di=spongono delle loro sostanze sia reciprocamen=te, sia in favore di terzi, esso è nullo. In que=sto caso si ha il cosidetto testamento simul=taneo o collettivo, il quale si distingue in due specie, testamento reciproco e testamen=to congiuntivo.

Testamento reciproco è quello con cui due persone contemporaneamente nello stesso atto dispongono dei propri beni, l'uno in favore del=l'altro. È testamento semplicemente congiun=tivo quello in cui due o più persone nello stesso atto congiuntamente dispongono dei pro=

pri beni sia in favore della stessa persona, sia in favore di persone diverse. Ora questi testamenti della legge nostra sono stati proibiti mentre erano in uso nel diritto intermedio. Ciò facendo, la nostra legge ha seguito il codice Francese.

Qual'è la ragione per cui la legge ha proibito questa specie di testamento?

La ragione risulta evidente dal concetto del testatore.

Se la legge permettesse il testamento simultaneo verrebbe a compromettere la spontaneità del testamento e la facoltà di revocare.

Il testamento dev'essere un atto spontaneo di volontà; quando invece abbiamo un testamento ove più persone insieme riunite dispongono dei propri beni a favore di un terzo o dispongono reciprocamente, è evidente l'accordo formato tra queste due persone onde la volontà dell'una ha influito sulla volontà dell'altra. E non solo questo avviene in caso di disposizione testamentaria reciproca, dove la cosa è manifesta ma anche nel caso di disposizione di due o più persone a favore di un terzo. Se nello stesso atto Tizio e Caio dispongono a favore di Sempronio vuol dire che c'è stato precedentemente un accordo fra di loro. Ora la legge ha

proibito quest'accordo perchè il testamento prodotto da un accordo costituirebbe un patto successorio, e la legge ha voluto proibire i patti successorî sotto qualunque forma si manifestano.

Ma non solo per favorire la spontaneità del testamento la legge ha voluto abolire il testamento sia congiuntivo, sia reciproco, sibbene anche perchè essi violano il principio della revocabilità del testamento. Poichè quando due persone fanno un testamento congiuntivo o reciproco, lo fanno per un accordo preso. Ora se uno di essi cambia volontà e revoca il testamento senza che ci sia il consenso dell'altro, viola l'accordo e tradisce la fede data, e sarebbe immorale il permettere ciò. Che se poi si ammettesse la necessità di un nuovo accordo per revocare il fatto testamento è evidente che la libertà di revocare sarebbe [illegible] finita. Dunque per far sì che il diritto di revoca si possa esercitare senza limiti, la legge ha abolito l'una e l'altra forma di testamento, e ha evitato così che il testamento fosse il prodotto di un accordo e quindi contenesse in sè un patto successorio. Ma quando si ha un testamento simultaneo? Ciò che la legge proibisce è il testamento collettivo di due o più persone nello stesso atto; ma non le di=

sposizioni testamentarie reciproche, o quelle in favore di un terzo che due persone possono fare in atti separati. Ora quando la legge parla di nullità del testamento congiuntivo o reciproco si riferisce al testamento considerato come atto unico; non già alle disposizioni testamentarie contenute in atti diversi. Quindi perchè si abbia testamento congiuntivo o reciproco, è necessario che vi sia unità intellettuale, cioè che due o più persone abbiano disposto in uno stesso tempo reciprocamente od a favore di terzi; ma se due o più persone dispongono dei propri beni reciprocamente o a favore di terzi in atti distinti e separati si ha testamento reciproco o congiuntivo. E la ragione sta in ciò che in simile ipotesi l'accordo non è esplicito e formale e pertanto la libertà di revoca non viene punto compromessa. Così pure non c'è nullità, se due persone nello stesso foglio, ma separatamente, dispongono delle proprie sostanze reciprocamente o a favore di terzi. Supponiamo che io e Caio facciamo lo stesso testamento l'uno nella facciata anteriore, l'altro nella facciata posteriore dello stesso foglio, o di seguito nella stessa facciata. In questo caso si ha testamento congiuntivo?

No, si hanno due atti materialmente uniti, ma giuridicamente distinti in quanto ciascuna volontà è separatamente manifestata. Perchè si abbia testamento simultaneo e quindi testamento

nullo è necessaria l'unità del testo che nel nostro caso manca.

---

## §63 - Alcune questioni intorno al testamento collettivo

---

La questione più grave che si agita è se la nullità del testamento collettivo (congiuntivo semplice o reciproco) sia nullità di forma o nullità di sostanza. Tale questione è di grande importanza, giacchè dalla risoluzione di essa dipende quella di due altre questioni, una di diritto transitorio, l'altra di diritto civile internazionale.

Questione di diritto transitorio. Se in un testamento è stato fatto sotto l'impero di una precedente legislazione, la quale permetteva il testamento congiuntivo o reciproco, e la successione si è aperta sotto l'impero del Codice civile italiano, questo testamento sarà valido o nullo?

Il testamento sarà valido se la nullità comminata dal Codice civile italiano è nullità di forma, sarà nullo se invece la nullità è

di sostanza; perchè per quanto riguarda la persona del testamento si applica la legge del tempo in cui il testamento fu fatto; per quanto riguarda la sostanza e gli effetti del testamento, si applica la legge del tempo in cui si apre la successione, giacchè il testamento prima della morte non è che un negozio giuridico imperfetto, che riceve la sua attitudine a produrre effetti giuridici, soltanto al momento dell'apertura della successione.

Questione di diritto internazionale privato. Se un cittadino italiano fa un testamento in uno stato straniero che permette il testamento congiuntivo o reciproco, questo testamento avrà efficacia in Italia o no?

Se la nullità del testamento congiuntivo o reciproco è una nullità riguardante la forma, questo testamento sarà valido anche in Italia, perchè la forma degli atti è regolata dalla legge del luogo ove questi sono compiuti; se invece la nullità del testamento congiuntivo o reciproco è nullità di sostanza, il testamento congiuntivo o reciproco fatto da un cittadino italiano in uno stato straniero, che permette tale specie di testamento, sarà nullo, perchè la sostanza del testamento è regolata dalla legge dell' <u>auctor successionis</u> e quindi dalla legge italiana.

Vi sono in proposito tre opinioni: Alcuni di=

cono: la nullità del testamento congiuntivo semplice o del testamento reciproco è una nullità di forma; altri dicono: bisogna distinguere il testamento congiuntivo semplice dal testamento reciproco, pel testamento congiuntivo semplice la nullità è di forma, pel reciproco la nullità è di sostanza.

La terza opinione, che è quella che noi seguiamo è che tanto nel caso di testamento congiuntivo semplice che in quello di testamento reciproco la nullità è sempre di sostanza, giammai di forma.

Noi sosteniamo questa opinione perchè gli argomenti addotti a sostegno delle altre non reggono. Il Pacifici Mazzoni che sostiene la opinione essere la nullità dei testamenti collettivi una nullità di forma, si basa su questa osservazione. Qual'è lo scopo della nullità del testamento congiuntivo semplice o reciproco? Lo scopo è quello di garentire la libertà del testatore al momento in cui fa il testamento. Ora il mezzo adatto a garentire l'indipendenza, la libertà della volontà di una persona quando compie un atto giuridico in tutti i casi in cui la legge vuol raggiungere tale scopo, è la forma solenne.

Ora se lo scopo della nullità del testamento reciproco o congiuntivo semplice è appunto quello di garentire la libertà del testatore, vuol

dire che si tratta di nullità di forma.

Invero perchè la legge esige che la donazione si faccia per atto pubblico? Perchè chi dona pensi seriamente a ciò che fa e così la forma è garenzia della serietà dell'atto. Se noi troviamo che la legge nel testamento vuole libertà di testare e per garentire questa libertà prescrive che il testamento sia fatto da una sola persona senza il concorso della volontà di altra persona, vuol dire che la legge ha inteso porre un precetto concernente la forma del testamento.

Altri dicono: questo sta bene quando si tratti soltanto di testamento congiuntivo, cioè quando due persone nello stesso testamento dispongono a favore di un terzo o a favore di due altre persone; perchè in questa ipotesi la forma garentisce l'indipendenza della volontà del testatore; ma quando si ha un testamento reciproco, siccome questo importa un patto successorio che la legge ha voluto assolutamente proibire, è chiaro che allora la nullità non può dirsi di forma, ma deve considerarsi nullità di sostanza.

Questa seconda opinione che tende a prevalere nella giurisprudenza nostra, non ci sembra accettabile, perchè anzitutto la legge nell'unica e identica disposizione proibisce tanto il testamento congiuntivo, quanto il reciproco; quindi la

stessa portata che l'articolo di legge ha per il testamento reciproco deve averla per il congiuntivo.

Oltre questo argomento letterale, tratto dalla unità della disposizione e quindi dall'unità di significato che questo deve avere, vi sono altri argomenti d'indole logica tratti dai motivi che indussero al legislatore a proibire il testamento congiuntivo e il testamento reciproco. Questi motivi non furono diversi ma furono gli stessi tanto pel caso di testamento reciproco, quanto pel caso di testamento congiuntivo.

I motivi furono due: cioè non solo quello di garentire la libertà del testatore al momento in cui fa il testamento, ma anche di quello di garentire la libertà piena e assoluta dell'irrevocabilità del testamento. Il legislatore volle che il testatore non solo non subisse l'influenza di altre persone nel determinarsi a disporre dei beni suoi per il tempo di sua morte; ma volle anche che egli avesse piena facoltà di revocare il già fatto testamento; facoltà che viene menomata, se non interamente distrutta, così quando vi sia un testamento reciproco, che quando vi sia un semplice congiuntivo.

Perciò se i motivi del legislatore furono gli stessi tanto per il testamento congiuntivo, quan-

to per il reciproco, vuol dire che la stessa deve essere la conseguenza: o nullità di forma o nullità di sostanza in tutti e due i casi, poichè distinzione non è ammissibile.

Ci resta ad esaminare la prima opinione che cioè in tutti i casi di testamento collettivo si tratti di nullità di forma.

Ma questa opinione si confuta facilmente. Se il legislatore avesse voluto garentire soltanto la libertà del testatore nel momento in cui fa il testamento, si potrebbe ammettere che il mezzo per ottenere questo scopo ha l'indole di forma, cosicchè la nullità del testamento congiuntivo o reciproco sarebbe solo di forma. Ma invece il legislatore mirò anche ad un altro scopo che non si effettua al momento in cui il testamento si compie, ma in un momento posteriore; cioè il legislatore volle non solo garentire la libertà del testatore al momento in cui fa il testamento, ma volle anche garentire la libertà di revocare il già fatto testamento nel tempo posteriore. Tanto è vero che quando questi testamenti congiuntivi o reciproci eran validi, molto si discusse nell'antica giurisprudenza francese intorno alla facoltà di revoca: c'erano alcune Corti giudiziarie che ritenevano possibile la facoltà di revoca senza il consenso dell'altro testatore, mentre altre ritenevano

che per revocare il testamento, ciascun testatore avesse bisogno del consenso dell'altro. Ma sia accettando l'una opinione che l'altra, la facoltà di revoca veniva distrutta o per lo meno nel fatto diminuita per un notale ritegno verso l'altro disponente, onde per evitare questo inconveniente il codice napoleonico proclamò la nullità di questi testamenti. Ora se trattandosi di tutelare l'indipendenza e la libertà del volere nel momento in cui si fa un atto giuridico, mezzo a ciò sufficiente può essere la forma; questa si mostra disadatta, quando lo scopo non è già di provvedere al momento in cui l'atto si compie, ma ad un momento posteriore. Quindi se lo scopo del legislatore fu quello di evitare le conseguenze che potrebbero nascere dopo che l'atto è formato, evidentemente la garenzia da esso stabilita non è di forma ma è di sostanza, perchè la forma non è un mezzo adeguato a impedire certe conseguenze di un atto già formato.

La nullità che è sanzione della libertà di revoca presuppone un testamento già compiuto in forma solenne, dunque non riguarda la forma. E questi argomenti razionali vengono confermati da un argomento letterale. mentre nel Codice Francese e negli altri Codici preesistenti in Italia la disposizione che commina la nullità del testamento congiuntivo o

reciproco è contenuta fra le regole relative la forma del testamento non è così pel nostro Codice che se ne occupa a proposito della sostanza. Posto ciò, deriva la conseguenza che le quistioni cui noi abbiamo più sopra accennato si risolvono in un modo semplicissimo.

Se il testamento congiuntivo fu compiuto sotto la legislazione austriaca che permette in certi casi tali testamenti, da un italiano che era sottoposto alla legge austriaca, poniamo da un suddito del lombardo-veneto prima dell'unità d'Italia, ove la successione siasi poi aperta sotto l'impero del Codice Civile italiano, il testamento sarà nullo.

Così anche se un italiano che vive in Austria o in altro paese la cui legge permetta il testamento reciproco o congiuntivo per la Germania faccia un tale testamento in quei luoghi, esso sarà nullo, perchè la sostanza e gli effetti del testamento debbono essere regolati dalla legge nazionale del defunto e non già dalla legge del luogo ove il testamento fu fatto.

---

## § 64. Il testamento per relatio=nem.

---

Un altro argomento connesso a quello sul concetto del testamento di cui il Codice non tratta, ma si occupano la dottrina e la giurisprudenza, è quello del testamento per relatio=nem.

Che vuol dire testamento per relatio=nem?

Vuol dire quello in cui il testatore per completare o chiarire la sua volontà si rimette ad un altro atto, ad un'altra scrittura, o ad un fatto qualsiasi. Questo in generale il concetto del testamento per relationem. Però questo concetto è troppo vago, e comprende varii casi che è bene tener distinti.

Facciamo degli esempi: Io faccio un testamento così concepito:

"Istituisco erede quella persona o quelle persone che si trovano scritte nella prima pagina del mio Codice,,; Oppure: "io istituisco erede quella persona o quelle persone che si trovano indicate nell'atto di donazione che ho fatto tanti anni fa"

reciproco è contenuta fra le regole relative la forma del testamento non è così pel nostro Codice che se ne occupa a proposito della sostanza. Posto ciò, deriva la conseguenza che le quistioni cui noi abbiamo più sopra accennato si risolvono in un modo semplicissimo.

Se il testamento congiuntivo fu compiuto sotto la legislazione austriaca che permette in certi casi tali testamenti, da un italiano che era sottoposto alla legge austriaca, poniamo da un suddito del lombardo-veneto prima dell'unità d'Italia, ove la successione siasi poi aperta sotto l'impero del Codice Civile italiano, il testamento sarà nullo.

Così anche se un italiano che vive in Austria o in altro paese la cui legge permetta il testamento reciproco o congiuntivo per la Germania faccia un tale testamento in quei luoghi, esso sarà nullo, perchè la sostanza e gli effetti del testamento debbono essere regolati dalla legge nazionale del defunto e non già dalla legge del luogo ove il testamento fu fatto.

---

## §64. Il testamento per relationem.

---

Un altro argomento connesso a quello sul concetto del testamento di cui il Codice non tratta, ma si occupano la dottrina e la giurisprudenza, è quello del testamento per relationem.

Che vuol dire testamento per relationem?

Vuol dire quello in cui il testatore per completare o chiarire la sua volontà si rimette ad un altro atto, ad un'altra scrittura, o ad un fatto qualsiasi. Questo in generale il concetto del testamento per relationem. Però questo concetto è troppo vago, e comprende varii casi che è bene tener distinti.

Facciamo degli esempi: Io faccio un testamento così concepito:

"Istituisco erede quella persona o quelle persone che si trovano scritte nella prima pagina del mio Codice"; Oppure: "io istituisco erede quella persona o quelle persone che si trovano indicate nell'atto di donazione che ho fatto tanti anni fa"

oppure: "io lego a Tizio quella somma che si trova indicata nel mio registro di cassa„ Un altro caso: „Io istituisco erede quella persona che avrà scritto un'opera di questo contenuto, per esempio di Diritto Civile, e che sarà premiata dall'Accademia de' Lincei„ oppure: "istituisco erede chi per il primo sarà incontrato dal mio corteo funebre ecc„ o "lascio a Tizio quella somma che si troverà nel tale cassetto della mia scrivania„

Si domanda un testamento così fatto è valido o è nullo?

Il diritto romano ammetteva la validità del testamento per relationem.

Nelle fonti è detto che se alcuno fa un testamento così concepito: voglio che sia mio erede colui che sarà nominato nel codicillo, il testamento è valido (fr. 77 dig. 28,5; fr. 10 § dig. 28,7).

Ora secondo il Diritto romano l'istituzione di erede nel codicillo, non aveva nessun valore, ma se questa istituzione d'erede era richiamata dal testamento, l'istituzione d'erede era valida.

Se si diceva in un testamento: Io lascio in legato a Tizio quella somma che si troverà indicata nel tale codicillo, nella tale scrittura pri-

vata, questo testamento era valido. Siffatta opinione prevalse nel dritto commune, specialmente per opera dei post-glossatori con a capo il celebre Bartolo. Alcune legislazioni, come la legislazione Gregoriana ammisero la validità del testamento per relazione. Il Codice austriaco invece lo proibì.

Il Codice francese e gli altri codici preesistenti in Italia, che si modellarono sul francese tacquero sulla quistione.

Il Codice nostro ha fatto lo stesso: quindi la quistione resta per noi impregiudicata.

È valido o no il testamento *per relationem*? Non essendoci nel nostro Codice alcuna norma che disponga pro o contro, bisogna risalire ai principî generali, e vedere se un testamento così fatto urti col concetto che il Codice dà del testamento.

Noi abbiamo visto che il testamento, secondo il Codice, è un atto che deve contenere una disposizione di ultima volontà, ed è un atto solenne e formale. Essendo un atto solenne, e formale, non può essere completato da atti che non abbiano la stessa forma testamentaria. Ora, posto questo concetto fondamentale, deriva che in alcuni (non tutti) dei casi dianzi menzionati, il testamento per relazione è nullo. Ma quale è il criterio distintivo per vedere se il testamento per relazione sia nullo o valido?

Il criterio distintivo è questo; sebbene gli autori

non lo indicano con sufficiente chiarezza. Se in un testamento si trova una disposizione di volontà completa in sè stessa e nei suoi elementi essenziali, il riferimento ad un altro atto, ad un'altra scrittura richiamati soltanto per interpretare e chiarire questa volontà, o per determinarne esattamente il contenuto non importa nullità; il testamento così fatto è valido. Invece se la dichiarazione di volontà è incompleta e deve essere integrata da un'altra dichiarazione di volontà, che è contenuta in un altro atto privo della forma testamentaria, in tal caso il testamento per relazione è nullo.

Insomma il testamento deve contenere in sè tutti gli elementi della dichiarazione di ultima volontà, deve essere un atto per se stante, un atto autonomo. E poichè esso è un atto formale e solenne, non può essere completato da un altro atto che non rivesta le stesse forme solenni del testamento.

Ma se, pur contenendo tutti gli elementi della dichiarazione di volontà, si rimette ad un altro atto, o a un fatto materiale, solo per specificare e individuare il contenuto della volontà dichiarata, allora il riferimento è valido.

Facciamo degli esempi per meglio chiarire il concetto.

Quando io dico: istituisco erede chi si troverà scritto nella prima pagina del mio Codice, del tale mio libro, che cosa faccio? Faccio una dichiarazione di volontà incompleta; perchè io non dico in questo momento chi voglio sia mio erede; questa mia dichiarazione di volontà deve essere completata da un'altra dichiarazione di volontà contenuta in un altro scritto a cui mi sono rimesso.

Se io non esprimo interamente la mia volontà, ma mi rimetto ad un'altra dichiarazione di volontà; ciò equivale a non dir niente intorno alla designazione di chi deve essere il mio erede.

Ora se la disposizione testamentaria deve risultare per intero dall'atto di ultima volontà di colui che dispone delle cose sue per il tempo in cui avrà cessato di vivere, è evidente che in questo caso abbiamo una dichiarazione di volontà incompleta, la quale perciò non si può completare che con un'altra dichiarazione. Ora se la dichiarazione di volontà a cui si riferisce la prima non è testamento, cade anche la prima.

Ma se invece dico: Istituisco erede colui che è designato come semplice legatario in un altro mio testamento olografo, evidentemente non v'ha nullità perchè quì ci sono due testamenti che si completano a vicenda. In altre parole:

la ragione della nullità del testamento per relazione si deve trovare nel fatto che tutti gli elementi di una disposizione di ultima volontà debbono risultare da dichiarazioni rivestite delle forme solenni volute dalla legge.

Come non ci può essere testamento nuncupativo o testamento redatto in una forma diversa da quella voluta dalla legge, così non ci può essere testamento, che venga completato da una dichiarazione di volontà che non abbia forma di testamento.

Invece quando io dico: Lascio la mia eredità a colui il quale avrà il premio in quella tale gara, o colui che scriverà quel certo libro, o colui che mi verrà incontro quando si celebreranno le mie esequie; in questi casi la mia dichiarazione di volontà è completa; è designato il soggetto della liberalità testamentaria, solo è indicato non già col nome e cognome ma con alcune caratteristiche che dovranno in fatto riscontrarsi per determinare l'individuo. In sostanza non v'ha nulla di diverso dal caso comune, in cui s'istituisce erede una persona indicandola col suo nome e cognome.
Allora la dichiarazione di volontà è certo completa, pure può darsi che la persona da me nominata sia ignota ai miei parenti, o al mio esecutore testamentario, quindi rimarrà sempre a vedere in qual paese si trovi, se è morto

o assente, e perciò sarà necessaria una ricerca ulteriore per eseguire la mia volontà.

Or come la ricerca che occorre per verificare se esiste il Tizio nominato nel testamento, non nuoce alla sua validità, così questa stessa ricerca avente per scopo la esatta determinazione del contenuto della volontà testamentaria, non rende nullo il testamento, semprechè il testatore stesso prestabilisca il criterio per determinare la persona o la cosa oggetto della disposizione.

Così se io dico: Lascio a Tizio ciò che troverà nel cassetto del mio scrittoio; in questo caso non c'è nullità, pur essendoci riferimento, perchè la mia dichiarazione è completa. Io ho detto: "Lascio a Tizio tutto ciò che si trova nel cassetto del mio scrittoio„ senza determinare la cifra, la quantità numerica del denaro; occorre perciò una ricerca di fatto per determinare il contenuto della dichiarazione della mia volontà; ma non si richiede un'altra mia dichiarazione di volontà per completare quella che si trova fatta in testamento.

Come sopra rilevammo, se uno si riferisce ad un altro testamento e questo è valido, senza dubbio la relazione è valida. Io istituisco erede colui che ho nominato legatario in un testamento precedente: qui c'è un riferimento, ma non c'è nullità, perchè in questo caso l'incompleta manifestazione di volontà che si trova in un

testamento viene completata da un'altra manifestazione di volontà che rivesta anch'essa la forma di testamento; qui i due testamenti s'intessano a vicenda, perchè nessuna legge ci obbliga a disporre delle nostre sostanze in un solo testamento.-

Ma se il testamento a cui mi riferisco è un testamento nullo, o perchè per es. trattasi di olografo a cui manca la data, o per un'altra ragione qualsiasi, evidentemente il riferimento al testamento nullo porta la nullità del posteriore, perchè in questo caso la incompleta manifestazione di volontà del testamento ultimo non viene ad essere completata da una dichiarazione espressa in un atto che ha tutte le forme di testamento, perchè per es. manca la data o la firma ecc. → Vd. PRESUPPOSTI E PROCEDIMENTO

Lo stesso deve dirsi nell'ipotesi che io nel testamento mi riferisca ad un altro già revocato. Io ho fatto, cinque anni fa, un testamento a favore di Tizio, dopo l'ho revocato, dichiarando che quel testamento deve aversi come non scritto. Oggi testo di nuovo e dico: Lascio mio erede colui che nominai esecutore testamentario nel mio testamento di cinque anni fa.

In questo caso, il testamento per relationem è valido o nullo?

È nullo; perchè io mi sono richiamato ad un testamento, che essendo stato revocato, ha perduto la sua efficacia ed è divenuto una informe scrittura come un'altra qualsiasi, senza efficacia testamentaria.

Invece la cosa è diversa se il testamento a cui mi riferisco non è revocato, ma caducato per la premorienza dell'istituito.

P. es. io ho istituito erede in un testamento di cinque anni fa Tizio, ma questi è morto. Allora faccio un nuovo testamento in cui dico: A quello che fu nominato erede nel testamento di cinque anni fa, sostituisco Caio, con gli stessi diritti e con gli stessi obblighi di cui si parla in quel testamento.

Qui c'è testamento per relazione in quanto la manifestazione di volontà nel testamento di oggi è incompleta; ma ciò nonostante non v'ha nullità, perchè il testamento di cinque anni fa non è un testamento nullo o revocato, ma semplicemente caducato: vale a dire è privo d'efficacia non per ragioni intrinseche o obbiettive, ma solo per mancanza del soggetto beneficato; è quindi un testamento valido.

Sempre con lo stesso criterio è da risolvere anche la quistione che nasce nel caso in cui il testatore imponga all'erede o al legatario una condizione o un modus, riferendosi ad

un altro atto.

"Istituisco erede Tizio se pagherà il debito che si trova segnato nel mio testamento".-

"Istituisco erede Sempronio se farà quell'elemosina, quell'elargizione che si troverà indicata nell'atto tale".-

Si domanda: quando in un testamento c'è una condizione, un modus da determinarsi in base ad un altro atto, il testamento è valido o no?

Alcuni dicono: È valido perchè in questo caso ciò che è determinato per relazione non è la disposizione testamentaria, ma il peso.

Ora il peso può essere determinato con un mezzo qualsiasi.

Altri distinguono la condizione del modus, poichè la condizione è un fatto qualsiasi, il modus è imposizione di un obbligo. Ma queste opinioni non sono accettabili.

Senza distinguere tra modo e condizione, bisogna vedere caso per caso se la condizione o il modus importino un semplice peso a carico dell'erede o del legatario, senza importare liberalità o vantaggio di altra persona oppure importino tale vantaggio a favore di terzi.

Se io dico all'erede o al legatario di pagare un mese dopo la mia morte il debito che ho segnato nel mio taccuino; alla tal pa-

gna o di compiere una determinata opera (per es: un monumento) ivi indicata, evidentemente il testamento è valido, perchè in questo caso mi riferisco al mio taccuino, non per fare una dichiarazione di volontà testamentaria, ma per indicare un peso di cui deve essere gravato lo erede.

Invece se io dico: - Istituisco erede Tizio se pagherà a Caio e a Sempronio quella somma che si trova indicata nel mio registro e il pagamento di questa somma non è dovuto a titolo oneroso, ma a titolo di liberalità (p. es. per un legato di messe o di beneficenze), in favore di Caio e Sempronio che vengono quindi ad assumere la figura di legatari, evidentemente si ha la nullità, perchè in questo caso io vengo a fare un atto di liberalità che non è rivestito della forma testamentaria, essendo incompleta la relativa dichiarazione contenuta nel testamento.

Un'altra quistione che si agita in quest'argomento è quando il testatore si riferisce ad una legislazione straniera e abolita.

Se il testamento si riferisce alla legge italiana, in vigore, evidentemente è valido.

Quando io dico: "Voglio che dei miei beni si disponga secondo prescrive il Codice Civile„ il testamento è valido, perchè non si fa che adottare le norme prescritte dal legislatore italiano.

Ma il dubbio nasce quando mi riferisco non

già alla legge italiana, la quale avrebbe vigore anche se io tacessi addirittura, ma mi riferisco ad una legge straniera (per es. del cod. svizzero) o a una legge abolita (p. es. delle due Sicilie). Allora siccome si tratta di leggi le quali nel silenzio del testatore non avrebbero alcun vigore e a cui il testatore si riferisce per completare la sua dichiarazione di volontà incompleta, un tale testamento è valido o nullo?

Secondo alcuni, è sempre nullo, secondo altri invece è sempre valido.

Altri finalmente dicono che bisogna far distinzione. E io sono di questo avviso: bisogna però distinguere; se il testatore, riferendosi ad una legge straniera o abolita, ha stabilito un criterio esatto e preciso per l'applicazione della legge straniera o abolita a cui si riferisce, il riferimento è valido, perchè non c'è da fare altro che eseguire la volontà del testatore, cioè riscontrare quella legge ed applicarne le disposizioni. Per es. io dico: "Voglio che dei miei beni si disponga secondo gli articoli tali e tali del Codice svizzero o germanico,,

Evidentemente qui la dichiarazione di volontà è completa e non si tratta che di determinare il contenuto della volontà del testatore in se stessa completamente manifestata. - Ma se invece il testatore si rimette genericamente ad altra legge per es. o al codice delle due Sicilie, siccome si può dare che lo stesso testatore non abbia

avuto una cognizione esatta di quelle leggi, le quali possono essere norme diverse da quelle che egli ha supposto, la loro applicazione non porterebbe completare la volontà del testatore con la volontà della legge, e perciò in questo caso avremmo un testamento nullo. È infine da notare che in tutti i casi in cui il riferimento è vietato, la nullità del testamento è parziale, non totale; cioè, sarà nulla la sola disposizione *per relationem*, non anche le altre che sono complete, e che si trovano nello stesso testamento.

---

## Requisiti per la validità del testamento

### §65. La capacità di testare. - I varii casi d'incapacità.-

I requisiti essenziali per la validità del testamento si riducono a due: <u>capacità di testare</u> e <u>forma solenne</u>.
A questo proposito avvertiamo che seguiremo qui un ordine diverso dal Codice per maggiore chiarezza. Distingueremo cioè tutte quelle norme che riguardano il testamento, come atto unico, da quelle che concernono le disposizioni testamentarie.

Parleremo prima di ciò che si riferisce al testamento come atto per sè considerato, indipendentemente dal suo contenuto e poi parleremo del contenuto del testamento.

Quindi non parleremo ora della capacità di ricevere per testamento, poichè tale capacità non riguarda la validità del testamento, ma riguarda la validità delle singole disposizioni testamentarie. - Limitandoci perciò a discorrere solo

del testamento come atto unico, prescindendo dal suo contenuto, noi diciamo che due sono i requisiti per la validità del testamento: Capacità di testare e forma solenne.

## Capacità di testare.—

In generale dobbiamo dire intorno alla capacità di testare che la legge è meno rigorosa per il testamento anzichè per gli atti tra vivi, per la ragione che mentre gli atti tra vivi producono la loro efficacia, durante la vita di colui che li compie, e ne risente pertanto le conseguenze dannose, invece il testamento produce la sua efficacia solo dopo la morte di chi l'ha compiuto, che pertanto nessun danno ne riceve. Così noi vedremo 1° che il minore che abbia compiuto i 18 anni può fare testamento, mentre pel principio generale chi non ha 21 anni non può fare atti civili, anche se siano atti di semplice amministrazione 2° che mentre l'inabilitato non può donare, può fare testamento, 3° che mentre l'interdetto legale non può compiere atti tra vivi pure può testare.

La legge dice in generale che tutti sono capaci di testare, tranne le eccezioni da essa stabilite. Quali sono queste eccezioni? L'articolo 763 dice: "Sono incapaci di testare: 1° co=

loro che non hanno compiuto l'età di 18 anni. In questo punto la legge nostra si allontana dal Codice Francese pel quale ha capacità di testare chi abbia raggiunto il 16° anno di età, ma per metà dei beni; disposizione poco logica perchè o si è capaci o non si è, e se si è capaci si deve poter disporre del proprio patrimonio per l'intero, non solo per metà. Quindi ha fatto bene la nostra legge autorizzando chi abbia compiuto i 18 anni a disporre di tutti i beni. L'età di 18 anni è un'età giusta, in quanto corrisponde all'età della possibile emancipazione; se a 18 anni una persona può essere emancipata, e quindi acquistare capacità di esercitare i diritti, sia pure in maniera incompleta, quest'età può bastare a far testamento. Però non bisogna confondere l'età di 18 anni richiesta per potere testare con l'emancipazione. Quando la legge dice che è capace di far testamento chi abbia compiuto 18 anni non intende esigere che si sia anche emancipati.

L'epoca della <u>testamenti factio</u> coincide con l'epoca della <u>possibile</u> emancipazione, ma non è necessario che questa sia realmente avvenuta.

D'altro canto può avvenire che uno sia emancipato anche prima dell'età di 18 anni

e pure non è capace di testare; il che può avvenire per gli emancipati di diritto. Una donna si può maritare prima degli anni 18 e quindi emanciparsi, ma non avrà acquistato così la capacità di testare. Quando alcuno ha raggiunto l'età di 18 anni può liberamente testare, nè v'è bisogno dell'assistenza di qualcuno

Invece per gli atti tra vivi quando una persona è emancipata, può fare atti civili, ma come? Può fare da sè atti di semplice amministrazione, ma per gli atti di disposizione ha bisogno dell'assistenza di un curatore. Invece il testamento pur essendo atto di disposizione, si deve fare senza l'assistenza di chicchessia, e ciò perchè il testamento è un atto eminentemente personale; come non ammette rappresentanza, così non ammette assistenza, nè autorizzazione di sorta - Come si computa l'età? La legge dice 18 anni compiuti, quindi non ha voluto ammettere il principio romano: "annus inceptus pro completo habetur"; bisogna cioè che i 18 anni siano compiuti, che sia scaduto l'ultimo momento del 18° anno. Ma in quale momento deve ritenersi compiuto il 18° anno? Vi sono due modi di computazione la naturale e la civile. La computazione naturale si fa <u>de momento ad momentum</u>,

cioè un periodo qualsiasi di tempo si calco=
la dal momento matematico in cui il fat=
to avvenne al momento corrispondente; quin=
di si tien conto non solo del giorno, ma an=
che dell'ora e del minuto. Invece nella com=
putazione civile non si tien conto della
frazione del giorno in cui avviene un de=
terminato fatto, ma il periodo di tempo
si calcola dalla mezzanotte del giorno in
cui il fatto fu compiuto sino alla mezza=
notte del giorno corrispondente. Ora appli=
cando l'uno o l'altro di questi due modi
di computazione si hanno effetti diversi.
Se un tale è nato nel 1900, 1° Gennaio alle
ore 12 meridiane, quando compirà 18 anni?
Compirà 18 anni matematicamente il 1°
Gennaio 1918 alle ore 12 meridiane. Questa
sarebbe la computazione naturale. Invece se
la computazione deve farsi secondo il me=
todo civile, cioè da una mezzanotte all'altra,
quel tale se farà testamento un momento
dopo delle 12 meridiane del 1° Gennaio 1918
farà un testamento nullo, per fare testa=
mento valido, deve aspettare che scocchi la
mezzanotte del 1° al 2° Gennaio 1918, perchè
in questo momento compie 18 anni secondo
la computazione civile. Quindi è importante
per decidere intorno alla capacità di testa=
re, il vedere se si deve seguire la computazio=

ne naturale o quella civile. La maggioranza degli autori sostiene che in fatto di età bisogna seguire la computazione naturale. Si distinguono i fatti giuridici dai fatti naturali. Nei fatti giuridici, si dice, bisogna seguire la computazione civile; nei fatti naturali bisogna seguire la computazione naturale. Ma questa opinione, secondo me, non è fondata su alcuna disposizione di legge né su ragioni logiche. Anche i fatti naturali sono fatti giuridici, in quanto producono conseguenze giuridiche; ed anche quelli che si dicono fatti giuridici constano di un elemento materiale naturale. Così per esempio la presa di possesso è un fatto giuridico che consta di un fatto materiale, quale il fatto della presa di possesso; e d'altra parte il fatto della nascita è un fatto materiale ed un fatto giuridico nel tempo stesso, in quanto che produce effetti giuridici. Dunque una vera e sostanziale differenza tra quelli che si dicono fatti naturali e fatti giuridici non c'è. Quindi non si può in mancanza di disposizione di legge applicare agli uni un metodo di computazione diverso di quello che serve per gli altri. Noi diremo quindi che, o si tratti di fatti giuridici o si tratti di fatti naturali, bisogna seguire la computazione civile o giuridica, perchè essa è molto più certa, non dà luogo a dubbiezze ed ad indagini difficili. Perchè se è facile sta=

bilire il giorno in cui un fatto si è compiuto, non è facile stabilirne l'ora, il minuto, cosa che è necessario fare per la computazione naturale.

È vero che nell'atto di nascita si deve indicare l'ora in cui una persona nasce (art. 374), ma questo non è un argomento decisivo per sostenere che nella computazione dell'età bisogna calcolare anche l'ora e quindi seguire la computazione naturale. Perchè anzitutto può mancare l'indicazione dell'ora nei registri dello stato civile, ed anche quando essa ci sia, la legge, prescrivendo l'indicazione dell'ora, non l'ha fatto allo scopo della computazione del tempo, ma per tutt'altro scopo, come sarebbe quello di stabilire la priorità della nascita tra due persone, le quali sono chiamati a succedere alla medesima persona, con la condizione che chi sarà nato prima, sarà l'erede universale, ed in altri casi somiglianti.

La legge dice ancora che sono incapaci di testare gl'interdetti per infermità di mente. Si noti anzitutto che il codice parla di interdetti per infermità di mente, non di interdetti legali. Mentre rispetto agli atti tra vivi, tanto l'interdizione giudiziale per infermità di mente, quanto l'interdizione legale per condanna penale producono incapacità dando luogo a

nullità relativa la prima, e nullità assoluta la seconda, giusto gli art.i 1106 e 1107 cod. civ., invece diversamente avviene per il testamento. L'interdizione giudiziale soltanto, quella cioè che proviene da un vizio mentale rende la persona incapace di testare, laddove l'interdizione legale, quella cioè che proviene da una condanna penale a più di cinque anni di reclusione o detenzione, non produce incapacità di testare, perchè la ragione della legge è stata quella di proibire il testamento a chi non è nel pieno possesso delle facoltà mentali, la cui mancanza si presume solo nell'ipotesi d'interdizione giudiziale, ma non già in quella dell'interdizione legale. Solo nel caso di condanna all'ergastolo, questa come vedremo produce l'incapacità di testare. Quando è pronunciata l'interdizione giudiziale, c'è presunzione di assoluta incapacità; cioè non si può provare che dopo la sentenza di interdizione l'interdetto abbia avuto un momento di lucido intervallo e in quell'istante abbia fatto il testamento; non si può provare che dopo la sentenza di interdizione abbia riacquistato le facoltà intellettuali; giacchè l'interdizione è uno stato d'incapacità che dura fintanto che ha efficacia la sentenza che l'ha pronunziata; cosicchè nessuna prova in contrario è ammissibile „ __Frusta proba__

tur quod probatum non relevat".
L'interdizione giudiziale però produce la sua efficacia solo dal giorno in cui la sentenza è pronunziata, perchè questa non ha efficacia retroattiva. Rispetto agli atti tra vivi, il Codice ammette eccezionalmente che la sentenza di interdizione possa avere efficacia retroattiva, concorrendo certe condizioni. Ciò si verifica nell'ipotesi prevista dall'art. 335 cod. civ. in cui è detto che, durante il giudizio di interdizione, il magistrato può nominare un amministratore provvisorio all'interdicendo; allora gli atti compiuti da costui in questo tempo sono nulli. La legge dà quindi efficacia retroattiva alla sentenza d'interdizione rispetto agli atti compiuti, quando era già stato nominato un amministratore provvisorio all'interdicendo. Ora si può dire lo stesso pel testamento? Se ad alcuno, prima che sia stato interdetto, sia stato nominato un amministratore provvisorio il testamento posteriormente fatto è o no valido? È valido perchè l'articolo 335 riguarda gli atti tra vivi non gli atti causa mortis. La legge è meno rigorosa per gli atti causa mortis appunto perchè tali atti non producono efficacia che dopo la morte della persona che li ha compiuti. L'interdizione produce incapacità di testare, ma che diremo dell'inabilitazione? L'inabilitazione si può -

in certi casi un'interdizione parziale perchè nella maggior parte dei casi ha le stesse cause dell'interdizione; difatti, eccetto in caso di cecità e sordomutismo dalla nascita o prodigalità, l'inabilitazione si ha quando vi sia un vizio parziale di mente. Ora l'inabilitato può far testamento? Senza dubbio poichè la legge nell'art.° 763 fra gl'incapaci, menziona solo l'interdetto. Quindi mentre l'inabilitato non può donare come dice espressamente l'art. 1052, può fare testamento, sebbene il testamento produca effetti simili alla donazione; ma con la differenza già notata che gli effetti della donazione si verificano durante la vita del donante, laddove gli effetti del testamento si verificano dopo la morte del testatore e quindi non producono danno a chi lo compie. Altro caso d'incapacità è quello d'infermità di mente nel tempo in cui si fa il testamento, ancorchè non vi sia stata interdizione - L'articolo 763 cap. 3 dice: "Quelli che quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui si fa il testamento" Non tutte le infermità di mente possono produrre interdizione. Perchè si abbia interdizione è necessaria una infermità abituale, è necessario che vi sia una malattia mentale che abbia una certa durata, un tratto successivo; invece vi sono malattie mentali

transitorie che non hanno il carattere dell'abitualità e che quindi non possono dar luogo all'interdizione. Inoltre si può dare il caso in cui alcuno sia abitualmente infermo di mente, eppure nessuno abbia pensato a farlo interdire o per incuria o per certi riguardi di delicatezza e di rispetto. Ora la legge ha provveduto a simili casi, disponendo che, anche quando uno non sia interdetto e quindi legalmente sia capace, pure se in fatto era infermo di mente al momento in cui fece il testamento, questo sarà nullo per incapacità. A tale proposito si fa una quistione, cui accennerò sommariamente. È una particolarità del testamento e della donazione questa che si debba tener conto della infermità di mente anche se non risulti da sentenza d'interdizione?

Alcuni dicono che questa sia una specialità degli atti a titolo gratuito: quando si tratta di atti a titolo oneroso, basta che non vi sia incapacità legale, perchè l'atto sia valido, ancorchè, nel momento in cui l'atto fu compiuto, la persona non era sana di mente. Ma l'opinione dominante, che anche noi seguiamo, è che la legge ha voluto per esuberanza e per ragioni storiche dichiarare espressamente a proposito del testamento che bisogna aver riguardo anche alla capacità naturale, ma non ha inteso escluderla

negli altri casi. La legge ha fatto l'applicazione del principio generale che non basta l'esistenza della capacità legale nel momento in cui si compie il negozio giuridico, ma è necessario che vi sia anche la capacità naturale, perchè l'incapacità naturale è un fatto che esclude l'elemento essenziale di ogni atto giuridico, l'esistenza della volontà. Ora tutte le volte che vi è infermità di mente, la volontà cosciente manca, e quindi manca l'essenza del negozio giuridico. Nè faceva bisogno che la legge sanzionasse questo principio, perchè esso è una conseguenza del concetto logico o del negozio giuridico in genere e del contratto in ispecie. Se il negozio giuridico è dichiarazione della volontà, quando questa, per causa, sia pure transitoria, di pazzia momentanea, di ipnotismo, di ubbriachezza manca, manca il negozio giuridico stesso; e poco importa che non vi sia interdizione. Ecco perchè dicevo che il Codice, quando a proposito dell'incapacità di testare parla d'infermità mentale, nonostante che manchi l'interdizione, non fa altro che applicare un principio generale a tutti i negozi giuridici, che cioè quando manca la capacità di manifestare la propria volontà, il negozio giuridico è nullo. Ma che cosa si ri=

chiede perchè vi sia incapacità naturale, nonostante la mancanza d'interdizione? È necessario che l'infermità di mente sia completa o per lo meno sia tale da far supporre che chi fece il testamento non comprendeva le conseguenze di quello che faceva. Ciò si avvera specialmente quando si tratta di persone affette da sonnambulismo, ubbriachezza completa, delirio febbrile, ed altre infermità di mente sia pure passeggiera; se il testamento vien fatto in uno di questi stati è nullo.

Ma che si dirà del testamento fatto da uno che sia affetto da monomania? Ci sono persone che in tutti gli atti della loro vita pratica sono ragionevoli, purnondimeno in certi ordini di idee hanno delle fissazioni e sragionano. Se dunque uno affetto da monomania fa un testamento, questo deve ritenersi nullo o valido? La quistione non è risoluta dalla legge; ed è però grave dibattito tra psichiatri e giuristi. Vi sono alcuni alienisti i quali sostengono che il monomane deve considerarsi, come completamente pazzo, onde egli non potrebbe fare testamento. Ma questa opinione è parsa molto rigorosa alla giurisprudenza, la quale preferisce un'opinione più benigna, secondo la quale bisogna vedere

se la monomania di cui il testatore era affetto abbia o no influito sulle disposizioni testamentarie. Se la monomania non abbia esercitato alcuna influenza sulle disposizioni testamentarie, il testamento deve ritenersi valido; se invece vi abbia influito in modo da potersi ritenere che il testatore abbia testato sotto l'ossessione della sua idea fissa e dominante, il testamento è nullo. Poniamo il caso che uno abbia la monomania religiosa e lasci tutti i proprî beni a preti e frati, evidentemente il suo sarebbe un testamento nullo.

Ma se invece quel monomane fa delle disposizioni in favore dei suoi parenti od amici, il testamento è valido. Nè colla pazzia, nè colla monomania bisogna confondere una passione, per quanto eccessiva ed esagerata. Se uno fa testamento in uno stato d'ira, per sentimento di vendetta in un momento di esaltazione erotica ecc; il testamento non sarà nullo, perchè la passione, per quanto esagerata, non può confondersi colla infermità mentale. Solo se in fatto la passione sia stata tale da ottenebrare lè facoltà mentali, e abbia assunto la forma di vera monomania, allora soltanto può giudicarsi nullo il testamento.

Che cosa bisogna provare perchè sia dichiarato nullo il testamento per incapacità naturale di chi l'ha compiuto? Se chi ha compiuto un

testamento era interdetto, non c'è bisogno di fare alcuna prova speciale, basta esibire la sentenza d'interdizione. Ma se si vuole provare che il testamento è nullo per infermità mentale esistente al tempo in cui il testamento fu fatto, la prova incombe a chi vuole impugnare il testamento; il quale deve provare l'esistenza di una malattia mentale al tempo in cui fu fatto il testamento. Per provare l'esistenza di una malattia mentale, non basta provare che il testatore era un uomo bizzarro, nevrotico, ma bisogna provare che era veramente pazzo o imbecille, anzi si è detto da alcuni, e giustamente, che non basta provare soltanto che il testatore fu ricoverato in un manicomio perchè là si può entrare per pazzia momentanea, passeggiera, per semplice monomania, e talvolta anche per errore del medico alienista. Tutte queste prove sono condizioni congetturali, ma non costituiscono prova piena dell'infermità mentale. Inoltre non basta provare che il testatore era infermo di mente in tempo anteriore o posteriore al testamento, ma bisogna provare che l'infermità esisteva al tempo del testamento medesimo. Non basta la prova dell'abitualità della malattia mentale, ma bisogna provare la sua attualità. In ciò differisce l'incapacità civile dalla incapacità naturale, mentre la legge quando si tratta d'incapacità legale per infermità di mente, tiene conto del

lo stato abituale, invece quando parla di inca=
pacità naturale, la legge si riferisce allo stato
attuale, cioè allo stato in cui era la persona al
tempo nel quale fece testamento. Cosicchè mentre
quando si tratta di interdizione, può benissimo
accadere che l'interdetto, nel tempo in cui fece
il testamento fosse nella pienezza delle sue fa=
coltà mentali, e pur nondimeno ciò non gli gio=
va a potere testare perchè abitualmente egli non
è sano di mente; invece quando si tratta d'inca=
pacità, per infermità che non ha dato luogo a
interdizione, bisogna provare che la malattia sus=
sisteva realmente al tempo del testamento. Quali
sono i mezzi di prova? Per i mezzi di prova non
c'è limite alcuno; tutti i mezzi di prova posso=
no essere idonei, dalla perizia medica alla sem=
plice prova testimoniale, la quale è ammissibi=
le quando anche si tratta di impugnare un
testamento fatto innanzi ad un notaio, e que=
sti abbia dichiarato che il testatore era sano
di mente. Sarebbe errore credere che essendovi
questa attestazione, occorre fare prima la que=
rela di falso, per potere essere ammessi a
provare la pazzia del testatore. L'iscrizione
in falso è necessaria solo contro le affermazio=
ni che il notaio è tenuto a fare per ragione
del suo ufficio, cioè dei fatti che egli stesso com=
pie e che avvengono alla sua presenza. Ma
l'attestazione del notaio che il testatore è sa=

no di mente è un'attestazione che esorbita dal-
la sua competenza e attestazione di un fatto
che non cade sotto i suoi sensi, e della cui real-
tà non è chiamato a giudicare.

Si potrebbe però domandare se per ammettere
la prova sia necessario il concorso delle circo-
stanze indicate nell'articolo 337 Cod. Civ., che di-
spone "Dopo la morte di un individuo, gli atti
da esso fatti non potranno essere impugnati per
infermità di mente, se non quando o siasi pro-
mossa interdizione prima della morte di esso, o
la prova d'infermità _risulti dall'atto stes-
so che viene impugnato_"? Se questo
articolo fosse applicabile, la prova dell'infermità
di mente del testatore non potrebbe ammet-
tersi nel caso in cui non sia stato promosso
giudizio di interdizione oppure la infermità di
mente non risulti dall'atto stesso come se non
vi sono parole, frasi o disposizioni tali da far
capire che il testatore era pazzo o imbecille. O-
ra si deve applicare quest'articolo? Stando al-
la lettera della legge parrebbe che dovesse essere
applicato anche ai testamenti. Ma se si tiene
conto dell'insieme delle disposizioni legislative
tra cui quest'articolo si trova, apparirà chiaro
come esso non possa applicarsi ai testamenti. In-
fatti quest'articolo riguarda il caso in cui s'im-
pugna l'atto giuridico non per incapacità na-
turale, cioè per l'esistenza di una malattia men-

tale attuale al tempo in cui l'atto fu compiuto, ma riguarda il caso di esistenza di malattia abituale che avrebbe dato luogo ad interdizione, se l'interdizione fosse stata promossa; il che risulta non solo dalla connessione con l'articolo precedente, che si riferisce chiaramente agli atti tra vivi, e al caso della interdizione, ma anche dallo stesso testo dell'articolo in cui si dice che si può impugnare un atto dopo la morte dell'autore quando siasi promossa l'interdizione prima della morte, ecc. Dunque si tratta di malattia mentale che può dar luogo ad interdizione, cioè di malattia mentale abituale. Invece l'incapacità naturale si ha anche nel caso di malattia non abituale, ma attuale del testatore o anche nel caso di ubbriachezza, di ipnotismo, di delirio febbrile, ecc. E questa è una prima ragione per l'inapplicabilità di quell'articolo ai testamenti. Inoltre quell'articolo bisogna metterlo in relazione con gli altri articoli, ed aver riguardo allo scopo della legge, la quale ha voluto evitare che, dopo la morte di una persona, si potesse impugnare un atto giuridico da questa compiuto, quando è venuto a mancare il mezzo più adatto della prova della sua incapacità, ha voluto evitare cioè le sorprese della malafede. Si è stipulato un contratto, fintanto che uno dei contraenti era vivo, l'altro non l'ha osato impugnare, dopo che è

morto, l'altro lo impugna perchè gli riesce più facile riescire nell'intento, non potendosi l'altro difendere, nè sottoporre a perizia medica. Onde se la legge avesse ammesso la possibilità di impugnare gli atti compiuti da una persona, dopo che questa fosse morta, avrebbe dato così facilmente adito alla mala fede. Perciò la legge ha avuto riguardo in questi casi agli atti tra vivi, cioè agli atti che producono i loro effetti giuridici durante la vita di chi li ha compiuti; il che risulta dalla connessione con l'articolo precedente in cui si tratta di atti tra vivi e compiuti dall'interdetto o interdicendo. Invece essendo il testamento un atto che produce la sua efficacia dopo la morte dell'individuo, non può comprendersi in quella categoria, perchè è un atto che di sua natura non può essere impugnato che dopo la morte di chi lo ha fatto. Ne segue perciò che è sempre possibile impugnare il testamento per infermità di mente del testatore, ancorchè non sia stato promosso durante la sua vita giudizio di interdizione, ed ancorchè la prova dell'infermità non risulti dall'atto stesso.

Un altro caso di incapacità di testare è quello sancito dal Codice penale (art. 33) per cui il condannato all'ergastolo non può testare; mentre il semplice interdetto legale cioè il condannato a 5 anni di reclusione o detenzio-

ne può fare testamento. In qual tempo deve sussistere l'incapacità di testare? Pel diritto romano e pel diritto comune la capacità di testare doveva trovarsi in due tempi distinti: nel momento in cui si faceva testamento e nel momento della morte. Cosicchè se alcuno fosse stato capace al tempo in cui fece testamento, ma dopo fosse divenuto incapace il testamento era nullo. - Questa era anche la teoria seguita da alcuni interpetri del Codice Francese. Il nostro Codice ha abbandonato questa teoria, disponendo espressamente nell'ultima parte dell'articolo 763: «L'incapacità dichiarata nei numeri 2° e 3 nuoce alla validità del testamento solo nel caso che sussistesse al tempo in cui fu fatto il medesimo:» Eccezione a questo principio ha fatto il Codice penale, il quale stabilisce che l'ergastolano non solo è incapace di far testamento dopo la condanna, ma anche il testamento da lui fatto non solo prima della condanna ma prima del giudizio, e perfino prima di aver commesso il reato, è nullo. Questa evidentemente è un'eccezione al principio generale per cui la capacità del testatore deve trovarsi solo al momento in cui fa il testamento, non già nel momento in cui egli muore. Perchè quest'eccezione? Si adducono varie ragioni. Ma la vera ragione fu la dimenticanza in cui cadde il nostro legislatore riguardo al capoverso dell'articolo 763 Cod. Civ. Infatti dalla relazione che Zanardel=

li fece nel Bse sul Cod. Penale risulta chiaramen=
te come egli presupponesse tuttora vigente la
teoria del diritto comune, poichè credette che
il codice penale non faceva eccezione al prin=
cipio del Cod. Civ., ma l'applicava

---

# La forma dei testamenti

## §66 - Il testamento olografo - La scrittura

Perchè un testamento sia valido non basta che il testatore sia capace, è necessario anche che egli adoperi la forma prescritta dalla legge. Riguardo alla forma i testamenti secondo il nostro Codice si dividono in testamenti ordinarî e testamenti speciali - Diconsi testamenti ordinarî quelli che compionsi con quelle forme che ordinariamente si adoperano nei casi comuni della vita. Invece diconsi testamenti speciali quelli che si possono fare con certe forme speciali in circostanze straordinarie e eccezionali.

I testamenti ordinarî sono di due specie: testamento olografo e testamento per atto di notaio, la quale specie si suddivide in testamento pubblico e testamento segreto (art. 774).

Cominciamo dal testamento olografo - La forma del testamento olografo è la più semplice e alla por-

tata di tutti, specialmente in questi tempi in cui l'analfabetismo tende a scomparire, ma pur essendo la forma più semplice, è nel tempo stesso quella che presenta maggiori pericoli, perchè il testamento olografo si presta ugualmente alle falsificazioni, come pure può essere facilmente smarrito e soppresso talchè non presenta quelle garanzie che sarebbero necessarie. Il testamento olografo, come dice la stessa parola greca, è il testamento tutto scritto di pugno del testatore, quindi uno dei requisiti perchè si abbia testamento olografo è la scrittura per intero di mano del testatore. Ma oltre questo requisito, si richiede la data e la firma del testatore. Fermiamoci ad analizzare tali requisiti. Che s'intende per scrittura? La scrittura, perchè sia soddisfatto il voto della legge, deve essere fatta conscientemente e con caratteri ordinari.

La scrittura deve essere fatta conscientemente. Molte volte può accadere che si scriva senza sapere ciò che si scrive. Vi sono alcuni che sanno scrivere delle parole, ma ne ignorano il significato. Ciò suole avvenire specialmente nei bambini, ma vi sono anche degli adulti illetterati che sono incapaci di comprendere quello che hanno meccanicamente scritto. Se il testatore scrive lettera per lettera, senza sapere leggere le parole da lui scritte, se colla penna passa l'inchiostro sui caratteri segnati con la matita da un altro,

egli scrive materialmente, ma non scrive coscientemente, e quindi manca il requisito dalla legge voluto. Nei casi in cui si ha scrittura materiale e non scrittura cosciente, il testamento, sebbene scritto tutto di mano del testatore, è nullo. Ma se è necessario la scrittura cosciente, non è necessario però che il testatore, oltre che scrivere, possa leggere ciò che ha scritto. Può avvenire infatti che alcuno abbia perduta la vista dopo avere appreso a leggere e scrivere. Costui sarà in grado di scrivere più o meno dirittamente, ma non di leggere. In tal caso il testamento è valido o no? È valido perchè sebbene il cieco non possa leggere ciò che ha scritto, pure la sua scrittura è cosciente e rivela il suo pensiero. Se questo è vero per chi abbia perduto la vista, dopo di avere imparato a scrivere, a maggior ragione sarà se il cieco sa leggere secondo i mezzi adottati dalla scienza moderna, cioè col tatto.

Inoltre la scrittura dev'essere fatta con gli ordinarii segni grafici. Ciò risulta, più che dalla lettera, dallo spirito della legge. Che s'intende per scrittura di mano di una determinata persona? Si intende quella speciale calligrafia che egli usa normalmente. Quindi se una persona scrive il testamento con caratteri a stampatello, il testamento certo è scritto di pugno del testatore, ma non si può dire

che egli abbia soddisfatto il voto della legge.
Supponiamo ancora un'altra ipotesi che il testatore abbia scritto con carattere stenografico oppure che abbia scritto in lingua italiana sì, ma con caratteri greci, russi o con caratteri geroglifici, cuneiformi, crittografici, c'è in questi casi la scrittura voluta dalla legge? Non c'è perchè quando la legge parla di scrittura fatta di mano del testatore, intende parlare della scrittura ordinaria, abituale del testatore, del carattere o mano scritto che differisce da persona a persona. Così se un testamento è scritto con segni stenografici, con caratteri stampatello, con segni geroglifici, o con caratteri greci, russi, ancorchè esso sia vergato materialmente tutto di pugno dello stesso testatore, è nullo, perchè la scrittura non è quella voluta dalla legge. La legge deve intendersi in questo senso anche per ragioni di ordine pratico, perchè se si tratta di provare che un testamento è stato scritto dal defunto, che cosa bisogna fare? Bisogna verificarne la scrittura. Ora come si potrebbe verificare se la scrittura è realmente del defunto, quando fossero adoperati caratteri a stampatello, o caratteri greci, o segni stenografici ecc. che generalmente sono uguali per persone diverse, e che in ogni modo non rendono possibile la comparazione con la scrittura solita del

testatore? Quindi anche per questa considera=zione la maggioranza degli autori ritiene che la scrittura, di cui parla la legge, sia quel=la fatta con i caratteri ordinarii. Inoltre la legge dice che il testamento deve essere per in=tero scritto di pugno del testatore. Quindi non basta che il testamento sia scritto dal testa=tore, ma deve essere scritto tutto da lui. Se tra una parola ed un'altra, una frase ed un'altra, un periodo ed un altro, si trovano intercalati parole, frasi, periodi, scritti da ma=no altrui, il testamento è nullo, essendo mani=festa la collaborazione di persona diversa dal testatore. In tal caso non sono nulle solo le disposizioni scritte di mano aliena, ma è nul=lo l'intiero testamento, perchè non si può dir scritto tutto intero di mano del testato=re, come la legge vuole, se è scritto soltanto in parte da lui, in parte da altri. Ma se in un testamento invece di proposizioni, fra=si, parole intercalate nel contesto e scritte di mano altrui, si trovano delle aggiunte in=trodottevi posteriormente, la conseguenza è ben diversa. Allora bisogna ritenere che siano nul=le soltanto le disposizioni aggiunte di mano aliena, non già l'intero testamento, perchè il testamento è scritto di pugno dello stesso testa=tore e quelle aggiunte come non sono valide, così non sono capaci di produrre la nullità

del testamento utile per inutile non vitiatur.

---

## § 67. La data del testamento olografo.

---

Un altro requisito è la data, requisito che dà luogo a molte questioni. Anzitutto è da notare che non tutte le legislazioni anteriori richiedevano la data nel testamento olografo, onde alcuni ritengono non esservi buona ragione per richiederne l'indicazione. Che bisogno c'è della data nel testamento olografo? Il testatore può testare nel tempo in cui gli pare e piace: il testamento per se stesso non produce effetto quando è compiuto, ma produce effetto dopo la morte. La ragione però di questo requisito si trova in ciò, che la data è utile per sapere se nel tempo in cui testò, il testatore era o no capace, in secondo luogo la data è utile, quando esistono più testamenti, per sapere quale è anteriore o posteriore, e quindi quale di essi sia stato revocato.

Ma alcuni dicono: se questi sono i motivi del-

la legge, quando nel caso concreto non ricorrono, la data non ha nessuna importanza. Tale opinione però ci sembra erronea, perchè non bisogna confondere i motivi o presupposti di legge con gli estremi per l'applicazione della legge: sono due concetti diversi. I motivi della legge possono essere falsi, erronei o anche se veri in generale insussistenti in un dato caso; ma ciò è irrilevante; la legge deve applicarsi lo stesso. Gli estremi invece sono la _conditio sine qua non_ per l'applicazione della norma devono riscontrarsi in ogni caso, cosicchè se non si riscontrano nel caso singolo la norma non si applica. Or quando noi diciamo che la data fu richiesta per determi= la capacità o l'incapacità del testatore, per determinare l'anteriorità o la posteriorità di un testamento rispetto ad un altro, non diciamo che questi siano gli estremi per applicare la legge; cioè che la data si deve richiedere solo quando si tratta di determinare la capacità o incapacità del testatore, l'anteriorità o posteriorità di un testamento. Questi sono i motivi della legge i quali possono anche mancare, ma l'applicazione della legge ciò nonostante dovrà sempre aver luogo

Tenendo presente questo concetto, potremo risolvere le varie quistioni che si agitano intorno alla data. Anzitutto vediamo in che consista la data. La data consiste, come dice la legge,

nell'indicazione del giorno, del mese e dell'anno (art 775 capov), senza che sia necessaria la indicazione del luogo, sebbene ordinariamente si indichi anche il luogo. La data può esprimere secondo il calendario, ed anche per equipollente, purchè l'indicazione equipollente sia esatta e non lasci luogo a dubbio alcuno. Così invece di dire addì 27 marzo 1910 si può dire: il giorno di Pasqua 1910; invece di dire il 25 dicembre 1909 si può dire il giorno di Natale 1909, invece di dire il 5 Febbraio si può dire il giorno di S. Agata: ecc.

Su ciò non nasce dubbio. Ma dubbi nascono sul posto della data, sulla mancanza di essa, sulla data falsa o erronea.

*Posto della data* _ Dove si deve trovare la data, in ultimo, in principio, in mezzo al testamento? La legge non stabilisce un luogo speciale per la data, quindi in qualunque posto si trovi la data, il voto della legge è soddisfatto, purchè la data formi un tutto unico col testamento. La data può trovarsi in principio del testamento, come in questo esempio: Oggi 18 Febbraio 1910, io qui sottoscritto dichiaro la mia ultima volontà. Se nel contesto del testamento, in una proposizione si ricordi la data in cui si scrive il testamento, esso è ugualmente

valido. Ma se la data non è posta in principio, nè nel contesto, dev'essere posta prima o dopo della firma? Se è posta prima della firma non c'è nessun dubbio, la firma è come il suggello di tutto il testamento, quindi la data tra il contesto e la firma è validamente apposta. Ma la quistione nasce quando la data è posta dopo la firma; è una data efficace oppur no? Alcuni hanno voluto mettere in dubbio la sua efficacia perchè, dicono, può trattarsi di una data aggiunta dopo fatto il testamento e quindi può non rispecchiare il momento vero in cui il testamento fu fatto. Ma altri pensano che non essendovi altro argomento per sostenere che la data deve essere posta prima della firma, non c'è ragione di credere che sia inefficace se è posta dopo, perchè la legge non fissa un luogo dove debba esser collocata. Anzi si va più in là e si dice, niente osta che il testamento olografo si faccia a più riprese, e che avendolo scritto e sottoscritto un mese fa, oggi io vi apponga la data indicandolo l'attuale giorno. Solo oggi le disposizioni di mia ultima volontà sono complete e quindi la data odierna è validamente apposta.

Più grave è la quistione quando la data manca addirittura, ma dal contesto del testamento può rilevarsi in modo chiaro e non dubbio

il giorno in cui il testamento fu fatto. Supponiamo che alcuno faccia un testamento senza data e dica: "Io voglio che sia pagato dal mio erede, ai miei servi i quali sono al mio servizio dall'anno tale sino ad oggi lo stipendio di £1000, che hanno diritto ad avere, calcolato a £30 mensili,, Si è domandato: questo testamento è valido o no? Alcuni hanno detto di sì, perchè facendo il calcolo del tempo in cui le persone nominate legatarie sono state a servizio del testatore in base alla somma indicata dal testatore, si viene a sapere in modo certo il giorno in cui il testamento fu scritto. Ma altri han ritenuto il contrario, ed io sono dello stesso avviso, perchè la legge vuole la data come forma solenne, sicchè anche quando per via d'induzioni possa argomentarsi il tempo in cui il testamento fu scritto, la forma solenne manca, quindi v'è nullità.

Supponiamo ora che la data vi sia ma è falsa. La falsità osta alla validità del testamento oppure no? C'è grande discrepanza fra gli autori - Alcuni come il Saballes in Francia e il Gabba fra noi partendo dal principio che la data per se stessa non ha ragion d'essere, ma che solo è utile per risolvere la quistione di capacità o incapacità del testatore e la quistione anteriorità di un testamento rispetto a un altro, dicono

che quando non c'è luogo a tali quistioni, poco importa che la data sia falsa basta che vi sia una data materiale, anche se non corrispondente alla vera, perchè essi dicono nessuna conseguenza giuridica ne proviene dall'antidata o dalla postdata. E la giurisprudenza, bisogna confessarlo, è proclive a seguire simile opinione. Altri distinguono l'antidata dalla postdata: cioè se si trova indicata una data anteriore alla vera, il testamento sarebbe nullo, se c'è postdata, cioè una data posteriore alla vera, il testamento sarebbe valido. Le ragioni però che si adducono in sostegno di questa opinione intermedia sono molto zoppicanti. Quando la data è anteriore alla vera (si dice) si fa apparire come fatto il testamento in un tempo in cui non esisteva ancora. Invece se si mette una data posteriore alla vera, è sempre vero che il testamento, sebbene fatto in un tempo anteriore, sussiste al tempo della data posteriore. Mentre la volontà di un uomo non può avere efficacia di dar vita ad un atto nel tempo in cui quest'atto non esisteva, benissimo può la volontà dell'uomo dare efficacia ad un atto in tempo posteriore a quello in cui fu materialmente compiuto. Ma questo ragionamento non è conforme alla legge; per quali ragioni si esige la indicazione della data? Se fosse ammissibile che anche quando la data è falsa, il testa=

mento è valido, dovremmo conchiudere che sia valido anche quando essa manchi del tutto, perchè tanto vale una data falsa, quanto la mancanza addirittura della data. La legge nel richiedere la data nel testamento ha avuto motivi serî, gravi; ora contentarsi di una data qualsiasi, ancorchè non corrispondente alla vera, significa volere una formalità vuota di senso. Ma si può pensare che la legge abbia voluto una formalità priva di senso? Se ha voluto la data, ha inteso volere una data corrispondente alla vera, ha inteso volere che il testatore dichiarasse il momento effettivo in cui scrive il testamento. Quindi poco importa che non sorga nel caso concreto la quistione di capacità o di incapacità del testatore di anteriorità o posteriorità di un testamento, rispetto ad un atto; se la data si deve esigere anche se non concorrono in fatto i motivi della legge, la data dev'essere la vera, perchè tanto vale una data falsa, quanto la data inesistente. Perciò noi crediamo che l'opinione più giusta sia quella che, essendo tanto l'antidata quanto la postdata una data falsa, non costituiscono la data voluta dalla legge; quindi in simili ipotesi il testamento è nullo. Ma non bisogna confondere l'ipotesi della data falsa, vale a dire coscientemente non vera, con quella della data erronea. Un testatore invece di scrivere 18 Gennaio 1910 scrive 18 Gennaio 1909, cosa che suole

avvenire col passaggio di un anno all'altro. Ora in questo caso si può dire che il testamento sempre, ed in ogni caso, sia nullo? Il testamento è nullo se non ci sono, nel testamento stesso, mezzi per rettificare la data; non si può provare aliunde che alla data indicata nel testamento erroneamente, va sostituita un'altra, ch'è la vera: in questa ipotesi il testamento è nullo. Ma se il testamento stesso ci fornisce mezzi per correggere la data, allora bisogna rettificare la data. Per esempio: in un testamento datato col 1° Gennaio 1909 un testatore dice che lascia il fondo acquistato un mese prima con istrumento rogato dal notaio tale. Ora se questo fondo fu acquistato per atto di compra-vendita rogato dal notaio tale il giorno 1° dicembre 1909, evidentemente il testamento che porta la data del 1909 contiene una indicazione erronea, ma d'altra parte siccome l'atto d'acquisto del fondo richiamato nel testamento è anteriore di un mese al giorno del testamento, l'errore si può e si deve rettificare, in base all'indicazione risultante dallo stesso testamento, in quella del 1° Gennaio 1910.

Però per potere fare questa rettifica bisogna che gli argomenti desunti dallo stesso testamento siano tali da non lasciar dubbio sull'esattezza della data, che si vuol sostituire in rettificazio=

ne di quella indicata. Un'altra questione che nasce rispetto alla data è se la data che si trova in un testamento è certa per se stessa oppure deve essere accertata. Cioè: la fede della sua verità fino a prova contraria, oppure la sua verità dev'essere provata da chi intende far valere in suo favore il testamento olografo? Il dubbio nasce da ciò che il testamento olografo è una scrittura privata. Ora la data delle scritture private non fa prova per se stessa della sua verità; allora la data nella scrittura privata fa prova quando è divenuta una data certa per la registrazione dell'atto o per una ragione qualsiasi che renda impossibile una antidata o una postdata (articolo 1327). Ora si domanda: vale lo stesso principio per il testamento olografo?

Noi pure, ammettendo che il testamento olografo sia una scrittura privata, pensiamo che il principio per cui nelle scritture private la prova della verità della data che non sia accertata nei modi di legge, spetti a colui che l'esibisce sia inapplicabile al testamento olografo. E ciò non perchè il testamento olografo possa considerarsi un atto pubblico, ma perchè l'istituto della data certa riguarda soltanto le scritture private che contengono atti tra vivi, essendo un istituto posto a garenzia dei terzi, cioè di coloro che dalla scrittura privata riceverebbero un no=

cumento ai loro diritti; mentre il testamento è un atto il quale non produce effetti giuridici fino a quando non avvenga la morte del testatore; onde non si può dire che prima della morte del testatore, vi siano persone le quali dal testamento ricevano lesione dei proprii diritti e che perciò debbono essere garentite dalla data certa. Così la data contenuta in un testamento olografo deve ritenersi vera sino a prova contraria. La prova contraria però può essere fatta in tutti i modi possibili; e non è necessario ricorrere all'iscrizione in falso, perchè il testamento olografo è una scrittura privata e quindi per combattere la validità della data si può ricorrere anche alla prova testimoniale ed a semplici presunzioni. L'opinione di alcuni che la prova contraria debba ammettersi solo quando vi sono gli elementi nello stesso testamento, equivale praticamente nel maggior numero dei casi a rendere inattaccabile il testamento anche se vi sia apposta una data falsa. Perciò non può accoglierси da noi. Un'altra questione sorge nel caso di un testamento scritto a più riprese, e ad ogni ripresa sottoscritto ma non datato. Se la data sia posta in fine dell'ultima parte, siccome essa abbraccia tutte le disposizioni, non vi può essere dubbio che il testamento sia valido. Ma il dubbio nasce se essendo il testamen-

to diviso in due o più parti, solo la prima sia sottoscritta e datata, ma la seconda, cioè quella aggiunta, sia sottoscritta ma non datata. Si domanda: La data posta nella prima parte di questo testamento estende la sua efficacia anche all'aggiunta posteriore, dimodochè si possa dire che il testamento è valido non solo nella parte sottoscritta e datata, ma anche nella parte posteriore sottoscritta ma non datata?

È una questione molto grave.

Il Gabba la risolve in un modo liberale ma non corretto, secondo me. Egli dice; dal momento che il testatore può datare come vuole le disposizioni testamentarie; dal momento che egli ha la facoltà di mettere la data in principio, nel mezzo o in fine delle disposizioni testamentarie, la data posta nella prima parte del testamento deve essere efficace per la parte posteriormente aggiunta. Altrimenti negandosi questa facoltà si viene a negare anche la facoltà che ha il testatore di cancellare la sua firma che separa una parte dall'altra del testamento per farne un tutto unico. Se il testatore ha fatto un testamento diviso in due parti, cancellando la firma intermedia viene a fare un unico testamento perchè unica è la sottoscrizione ed unica la data, sebbene questa risulti posta nel corpo del

testamento, e così l'efficacia della data si estende a tutte le disposizioni. Lo stesso dunque deve dirsi, osserva il Gabba, quando il testatore ha sottoscritto le due parti del testamento, e non ha cancellato, come pure poteva, la sottoscrizione intermedia: l'esistenza della sottoscrizione che è superflua non può produrre l'effetto contrario a quello che deriverebbe dalla sua mancanza originaria o dalla cancellazione. Sicchè tutto si riduce a vedere se il testatore facendo quelle disposizioni separate dalla sottoscrizione intese fare un unico testamento o testamenti distinti. Se risulta evidente l'intenzione del testatore di fare un unico testamento, la data ancorchè posta nella prima parte vale per tutto il testamento; se invece questo non risulta, come se vi sia contraddizione tra la prima e la seconda parte, allora la data posta nella prima parte non comprenderà l'altra, perchè essendovi contrasto non si può ritenere che il testatore abbia voluto dire cose contraddittorie nello stesso atto. Ma si risponde a quest'opinione che la data non è obbietto di una quistione sull'intenzione del testatore, la data è obbietto di formalità. La data, dice la legge, deve esservi in ogni testamento. Quando il testatore fa diverse disposizioni, sia pure nello stesso foglio di carta, e sottoscrive ciascuna di queste disposizioni, fa tanti testamenti distinti: poco importa che tra l'una e l'altra disposizione

ci sia correlazione d'idee, perchè si possono benissimo far testamenti separati, in piena armonia tra loro. Ora se la legge vuole che ogni testamento olografo sia scritto, datato e sottoscritto dal testatore, queste tre formalità debbono incontrarsi in tutti i casi; nè vale dire che il testatore poteva cancellare la firma rendendo così unico il testamento. Poteva fare, ma non l'ha fatto, se l'avesse fatto avrebbe osservata la legge; ma quando ha posto due sottoscrizioni ha evidentemente dimostrato di aver fatto quelle disposizioni in tempi diversi. Quindi la data scritta nella prima parte del testamento non può estendersi all'altra aggiunta dopo e sfornita di quella formalità voluta dalla legge. Perciò deve ritenersi come non fatta soltanto quella parte sottoscritta e non datata, mentre la prima avrà piena efficacia giuridica.

---

## § 68 - La sottoscrizione del testamento olografo.

---

La sottoscrizione deve farsi, come dice la pa=

rola stessa, in fine delle disposizioni testamen=
tarie; fatta in principio non avrebbe efficacia.
Se la firma si trova nel mezzo delle disposi=
zioni testamentarie, vuol dire che tutte le dispo=
sizioni anteriori saranno valide, le disposizioni
posteriori saranno nulle. La sottoscrizione deve
farsi con caratteri ordinari, secondo la scrittu=
ra di tutto l'atto. Ma si domanda quale indi=
cazione deve contenere e se sia necessario che
contenga il nome e cognome, la paternità e il
domicilio? No, basta il solo nome e cognome,
basta anche il semplice titolo nobiliare o quel=
l'altra designazione che in certe condizioni
sociali sostituisce il nome di battesimo e si
adopera ordinariamente per contrassegnare un
individuo, come avviene pei frati, Vescovi,
Papi, ecc.

Se Benedetto XV fa un testamento olografo
e si firma Benedictus XV, come suole sottoscri
vere tutti i suoi atti, il testamento è valido?
Senza dubbio perchè si sa che Benedetto
XV è Giacomo della Chiesa. Se il Duca de=
gli Abruzzi firma il suo testamento con la
sola indicazione di Duca degli Abruzzi; que=
sta firma è sufficiente per la validità del testa
mento olografo, perchè si sa che il Duca degli
Abruzzi è Luigi di Savoia.

Dunque bisogna vedere come usava sottoscri=
vere l'autore del testamento olografo, e se l'indi=

cazione adoperata è sufficiente a determinare l'individualità. Così basta pure che nel testamento si adoperi la firma usata in tutti gli atti della vita. Se alcuno è solito firmare con la semplice iniziale il nome e cognome per esteso e in tal modo sottoscrive il testamento esso è valido. Basta insomma che si adoperi una sottoscrizione tale da individuare la persona che ha fatto il testamento.

---

## § 69. Se vi siano altri requisiti pel testamento olografo —

---

Perchè si abbia un testamento olografo, oltre i requisiti indicati dalla legge, scrittura, data, sottoscrizione non si richiede altro. Si può avere un testamento olografo valido qualunque sia la materia adoperata per scrivere, qualunque sia la carta adoperata, anche quando sia scritto sopra una tavoletta. Quindi non è necessario la carta bollata, anzi la legge sul bollo dispensa espressamente dalla carta bollata il testamento olografo. Può essere scritto tanto con la

matita che con l'inchiostro, in qualsiasi lingua. Nemmeno è necessario per la legge nostra che dal testatore sia depositato presso un notaio. Il deposito presso il notaio sarebbe stato una formalità utile per garentire il testamento contro qualsiasi falsificazione e una possibile soppressione, ma pur essendosi fatta una tale proposta, il nostro legislatore, non credette opportuno accoglierla, per non scemare il pregio della facilità e della speditezza dell'olografo.

---

## § 70. Natura del testamento olografo (Efficacia probatoria - Riconoscimento di figlio naturale)

---

Qual'è la natura del testamento olografo? È un atto pubblico od autentico, oppure una scrittura privata? La questione è importante per gli effetti che ne derivano. Alcuni vogliono sostenere che il testamento olografo se non si può dire atto pubblico, sia però un atto autentico, e per sostenere questa opinio=

ne distinguono l'atto autentico dall'atto pubblico; l'atto pubblico è quello ricevuto da un pubblico ufficiale a ciò competente, invece atto autentico sarebbe un atto anche non ricevuto da un pubblico ufficiale a ciò destinato, ma che ha in sè una certa autorità. Ora siccome il testamento è un atto scritto di proprio pugno dal testatore è un atto autentico perchè la parola autentico si farebbe derivare dal greco αυτος = stesso, è un atto scritto dallo stesso autore. Questo primo argomento filologico è errato perchè la parola <u>autentico</u> non deriva da αὐτός ma da αυθεντεια che significa autorità; quindi la frase atto autentico non è diversa dalla frase atto pubblico in quanto si richiede l'intervento di un pubblico ufficiale che rappresenta l'autorità dello Stato per imprimere piena fede all'atto.

È vero che il nostro legislatore parla talora di atto pubblico tal altra di atto autentico, ma questa diversità deriva dalla mancanza di coordinazione nei vari articoli del Codice. Infatti il codice francese definiva per atto autentico ciò che il nostro codice definisce per atto pubblico.

Pel codice francese (art. 1317) atto autentico è l'atto ricevuto da un pubblico ufficiale destinato a ciò. Pel nostro codice invece (art 1315)

questo si dice atto pubblico; il nostro legislatore non ha fatto che sostituire nella definizione dell'atto pubblico la parola *pubblico* alla parola autentico. Ora questa sostituzione avrebbe dovuto essere fatta in tutti i casi, in cui il Codice francese parla di atto autentico, ma non si ebbe l'accorgimento di far questo, e perciò troviamo che mentre in alcuni articoli si parla di atto autentico, in altri si parla di atto pubblico. Ora se l'atto pubblico è quello ricevuto da un pubblico ufficiale competente a riceverlo, e l'atto autentico non è cosa diversa dall'atto pubblico, non può essere atto autentico quello che non sia ricevuto dal pubblico ufficiale competente. Ora il testamento olografo non è atto ricevuto da un pubblico ufficiale, perchè è un atto privato vero e proprio. Quindi evidentemente non può essere considerato come atto autentico, giacchè l'autenticità dell'atto deriva dall'autorità del pubblico ufficiale che è destinato a ricevere l'atto (1) - Altri dall'art. 774 vogliono desumere che il testamento olografo si deve equiparare all'atto pubblico. Ma questo è un argomento erroneo perchè la legge in quest'articolo non in=

(1) Alcuni dicono che atto autentico è anche la scrittura privata autenticata dal Notaio; ma anche ciò è inesatto, perchè l'autenticazione notarile riguarda esclusivamente la firma, non le dichiarazioni di volontà contenute nel corpo dell'atto, perchè questo non viene scritto in presenza del Notaio. Ad ogni modo il caso di un testamento olo=

tende equiparare il testamento olografo al testamento per atto notarile, ma dice soltanto che due sono le forme di testamento ordinari; testamento olografo e quello fatto per atto notorio; in altri termini il testamento olografo è equiparato a quello per mezzo di notaio, in quanto è testamento, non nel resto.

Ancora un altro argomento più appariscente si desume dal fatto che il testamento olografo deve, dopo la morte dell'autore, essere depositato presso un notaio per la sua esecuzione. Or, si dice, il testamento olografo è un atto privato fintanto che non venga depositato volontariamente dal testatore, oppure per legge dall'erede o da qualcuno altro interessato allo scopo di ottenere l'effetto della sua esecuzione, ma quando segue il deposito, cessa di essere un atto privato e diventa un atto pubblico, poichè dovendo il deposito farsi presso un notaio, e dovendo il notaio redigere l'atto relativo in forma pubblica, questa si comunica a tutto il testamento depositato. Niente di più erroneo di questo ragionamento perchè non il solo testamento olografo, ma qualsiasi scrittura privata può essere depositata presso un notaio, e noi sappiamo che le scritture private anche depositate presso un notaio restano sempre tali (art 1333 capov.): ciò che è pubblico

grafo con la firma autenticata è poco meno che inverosimile.

è l'atto di deposito in quanto essendo redatto da un pubblico ufficiale, fa piena fede dell'avvenuto deposito, ma non diventa atto pubblico la scrittura privata o il testamento olografo che è stato l'oggetto dell'atto di deposito, perchè alla confezione del testamento il Notaio è rimasto estraneo.

La questione sul carattere dell'olografo, se sia scrittura pubblica o privata si è presentata più volte nella giurisprudenza, quando è stata impugnata la verità della scrittura. Allora si domanda: a chi incombe l'obbligo di provare la verità della scrittura? a chi produce in giudizio il testamento, e si fonda dei diritti, o invece spetta a chi lo impugna dare la prova della falsità? Se il testamento fosse un atto pubblico, si dovrebbe ricorrere all'iscrizione in falso, perchè l'atto pubblico fa piena prova di sè sino all'iscrizione in falso; se invece è un atto privato basta negare la veridicità della scrittura ovvero dichiarare di non conoscere la scrittura del testatore, perchè la persona che di quell'atto voglia giovarsi sia costretta a provarne la veridicità ricorrendo alla verificazione della scrittura (art 1315, 1321 cod. civ.) Quindi dimostrato che il testamento olografo non può ritenersi atto pubblico, l'erede od il legatario scritto nel testamento, che vuole fare valere i suoi diritti contro l'erede legittimo od altri interessati, ove questi non ricono-

scano la veridicità della scrittura, dovrà fare la prova dell'autografia. E in questo senso ormai si può dire prevalente la giurisprudenza in conformità della dottrina, sebbene non siano mancati lunghi contrasti. La questione si presenta ancora frequentemente a proposito del riconoscimento dei figli naturali, contenuto in un testamento olografo, perchè il codice vuole per il riconoscimento dei figli naturali l'atto autentico (art 181) Ora se l'atto autentico, come abbiamo detto, significa atto pubblico, il riconoscimento di un figlio naturale non può validamente contenersi se non in un atto dell'Ufficiale dello Stato Civile, e perchè essendo questo un pubblico ufficiale destinato per legge a riceverlo, l'atto è sempre autentico, oppure in un atto notarile. Quindi il testamento olografo non essendo un atto autentico, non può contenere un valido riconoscimento del figlio naturale.

Il riconoscimento che si contiene in un testamento olografo è nè più nè meno di quello contenuto in una lettera, in una scrittura privata qualsiasi. Però la giurisprudenza si può dire ormai costante nell'ammettere la validità del riconoscimento contenuto in un testamento olografo perchè si basa su quel presupposto che ho dimostrato falso, che cioè quando la legge parla di atto autentico, intende indicare qualche cosa di diverso da atto pubblico; oppure sull'al-

tra considerazione che il testamento olografo, in quanto è depositato, viene ad assumere il carattere di atto pubblico, il che non è giuridicamente esatto. Il vero è che la giurisprudenza più che da motivi di ordine giuridico è stata indotta in questa opinione da considerazioni di pietà e commiserazione verso la prole naturale, considerazioni giustificabili astrattamente, ma non conformi alla legge, perchè questa non si contenta della dichiarazione del genitore in una forma qualunque, ma esige una forma solenne; quando questa forma manca, il figlio naturale avrà diritto ai soli alimenti, giacchè la dichiarazione anche in iscrittura privata produce in favore del figlio naturale questo effetto giusta l'art 193. Sarebbe però utile che in una riforma legislativa si stabilisce espressamente che può farsi il riconoscimento anche per testamento olografo com'era detto nel progetto Gianturco Zanardelli sulla ricerca della paternità.

## § 71 - Il testamento pubblico - Norme generali -

---

Un'altra specie di testamento è il testamento pubblico a cui si suole ricorrere specialmente da quelli che non sanno o non possono scrivere. È una forma di testamento che presenta maggiori garanzie di veridicità, perchè è ricevuto dal notaio, e presenta meno pericoli di falsificazione e di distruzione.

Prima di esporre le regole principali intorno al testamento pubblico, è da ricordare che questo pur essendo un testamento non cessa di essere un atto notarile. Quindi mentre da una parte la sua confezione è regolata dal Codice Civile, dall'altra è regolata dalla legge notarile che riguarda tutti gli atti pubblici. Ora molte formalità prescritte dalla legge notarile non sono prescritte dal Codice Civile; quindi sorge la questione: se in un testamento pubblico non sono osservate le forme prescritte dal Codice Civile, il testamento sarà valido o nullo? E inoltre se c'è diversità tra la legge civile e la legge notarile,

è il Codice Civile che prevale sulla legge notarile o questa su quello? L'antica legge notarile portava la data del 1875, era quindi posteriore al Codice Civile, onde parrebbe in base al principio, che la legge posteriore deroga all'anteriore, che in caso di diversità tra le disposizioni della legge notarile e quelle del Codice Civile, la legge notarile dovesse prevalere sul codice civile; invece in base all'altra considerazione che il codice civile per ciò che riguarda il testamento è una legge specialissima per i testamenti mentre la legge notarile è generale e riguarda qualsiasi specie di atti pubblici, parrebbe che dovesse prevalere il codice civile. La questione venne risoluta dall'articolo 51 della legge notarile (testo unico del 1879) che disponeva doversi applicare anche ai testamenti le forme prescritte per gli atti notarili in genere. Questo articolo della legge notarile significa che in caso di lacune del codice civile, cioè se il codice civile taccia intorno all'adempimento di una formalità, mentre la legge notarile si pronuncia sul proposito, bisogna applicare la legge notarile anche ai testamenti, perchè in tal caso si tratta di formalità complementari, aggiunte a quelle prescritte dal codice civile; invece se vi sia una diversità tra il codice civile e la legge notarile, dimodochè la legge notarile prescriva una cosa ed il codice civile ne prescriva un'al-

tra, è il codice civile che deve prevalere. Tuttavia era sorto qualche dubbio sulla interpretazione dell'articolo 51 della legge del 1879, e specialmente se per disposizioni diverse dovessero intendersi solo quelle assolutamente contrarie o anche quelle soltanto differenti come p.es. le norme circa l'idoneità dei testimoni.

Ad eliminare ogni dubbio la nuova legge notarile del 16 febbraio 1913 ha adottato un'espressione più recisa ed energica formulando così l'art. 60 – „ Le disposizioni di questo caso si applicano anche ai testamenti ed agli altri atti in quanto non siano contrarie a quelle contenute nel Cod. Civ., nel Cod. di proc. civ. o in qualunque altra legge del Regno, ma le completino „ Non v'è quindi oggi luogo a dubbio che nel silenzio del codice civile intorno ad una formalità si applica la legge notarile anche al testamento; invece se il codice civile contiene una disposizione qualsiasi, che sia contraria a quella della legge notarile, è il codice civile che si deve applicare ai testamenti e non la legge notarile. Di questo criterio faremo volta per volta applicazione parlando delle varie formalità del testamento pubblico.

---

## § 72 - La dichiarazione di volontà del testatore

---

Cominciamo ora a parlare delle varie formalità. La prima formalità essenziale al testamento pubblico è che il testatore dichiari la sua volontà innanzi al notaio ed in presenza dei testimoni, che debbono essere quattro, se il notaio è uno, e due, se due sono i notai (art. 777 e 778). (1)

Che vuol dire dichiarazione di volontà? Basta che il testatore consegni uno scritto, dicendo che quello contiene le sue volontà, basta che egli si limiti a rispondere alle domande del notaio con dei monosillabi: _si_ o _no_?

La condizione posta dalla legge, in tal guisa, non sarebbe adempiuta: il testatore deve esprimere la sua volontà in modo spontaneo, dimodochè la sua volontà non sembri conseguenza del suggerimento del notaio, ed inoltre deve espri-

(1) La legge ha permesso l'intervento di due notai, in vista del caso che non fosse possibile aver quattro testimoni idonei. In tal caso per l'articolo 62 della legge notarile del 1913 ambedue i notai sono tenuti a prender nota del testamento nel repertorio rispettivo, ma il testamento si conserverà dal notaio destinato dal testatore ed in mancanza di dichiarazione dal più anziano di ufficio.

mere a voce la sua volontà sia pure servendo=
si di appunti. Però, si noti, non è necessario
che il testatore detti le sue disposizioni al no=
taio, come prescrive il codice francese. Il codice
nostro ha abolito il requisito della dettatura, per=
chè ciò portava ad inconvenienti. Se il testato=
re era un ignorante, allora una delle due: o
il notaio riproduceva testualmente la dicitura
spropositata del testatore e così formava un te=
stamento confuso e disordinato; od il notaio si
permetteva di riordinare la forma delle dispo=
sizioni, ed allora non faceva cosa conforme alla
legge.

Quindi bene ha fatto il nostro codice a permette=
re al notaio di riprodurre in forma propria ciò
che il testatore gli ha dichiarato. Ma se il testa=
tore ignori l'italiano e parla una lingua stra=
niera, due ipotesi possono darsi: che il notaio sap=
pia tale lingua, o che gli sia ignota. Nel primo
caso non vi è difficoltà a redigere il testamento
nella lingua del testatore: il Codice non si oppo=
ne e la legge Notarile prevede espressamente que=
sto caso nell'art°. 54.

Il dubbio sorge quando il notaio ignora la lin=
gua straniera: si potrà ricorrere al mezzo dell'inter=
prete? Su questo punto il Codice civile tace. La
legge notarile invece parlando non di testamen=
to, ma di atti notarili in genere provvede nell'ar=
tic°. 55 al caso in cui le parti non parlino l'ita=

hano; ma parlino una lingua ignota al notaio ed ai testimoni e dispone richiedendo l'intervento dell'interpetre e prescrivendo l'adempimento di formalità rigorose. Cioè: l'interpetre deve essere scelto dalle parti, deve avere i requisiti necessarii per essere testimonio, non dev'essere scelto tra i testimonî e i fidefacienti, deve prestare giuramento innanzi al notaio di fedelmente adempiere il suo dovere. Inoltre occorre che, se la parte che dichiara la sua volontà in lingua straniera non sappia o non possa sottoscrivere, due testimonî conoscano la lingua straniera; nel caso contrario basta, ma è necessario, che almeno uno solo dei testimonii sappia quella lingua. Infine nell'atto, accanto alla sedazione in italiano si aggiunga la traduzione in lingua straniera fatta dall'interpetre, e tutto dovrà essere sottoscritto dalle parti, dai testimonii, dai fidefacienti e dal notaio tanto in fine dell'atto che in margine dei singoli fogli.

Ora si domanda: lo stesso procedimento si può adoperare pel testamento? Vero è che il codice civile non ha previsto questo caso, ma qui il codice presenta una lacuna; ora le lacune del codice civile intorno alle forme del testamento, debbono, come abbiamo visto, colmarsi con le disposizioni della legge notarile. Inoltre dalla stessa lettera dell'articolo 55 della

legge notarile che esige l'intervento dell'interpetre nella redazione degli atti pubblici in cui una parte o le parti non parlano la lingua italiana s'argomenta chiaramente che esso è applicabile anche ai testamenti. Infatti si dice che nel caso in cui si debba ricorrere all'interpetre e le parti non sanno o non possono sottoscrivere almeno due dei testimoni presenti all'atto devono conoscere la lingua straniera. Ora se la legge parla di almeno di due testimoni è chiaro che presuppone il caso in cui devono intervenire più di due testimoni, e questo è soltanto il caso del testamento. Inoltre nel testo della legge del 1875 si parlava di contraenti, invece nel testo del 1879 riprodotto nell'ultima legge del 1913 si soppresse la parola „contraenti„ rimanendo solo la parola parti; la qual soppressione significa che il legislatore volle estendere la disposizione anche al caso del testamento in cui non si può parlare di contraenti.
Ed è necessario che la dichiarazione di volontà venga fatta in presenza del notaio e dei testimoni, onde se sia fatta in presenza del notaio senza la presenza dei testimoni, o in presenza dei testimoni senza il notaio il testamento è nullo.

Abbiamo detto che la dichiarazione di volontà dev'essere fatta a voce; ora il muto, il sor-

do-muto, coloro che senza essere muti, per u-
na malattia passeggiera non possono parla-
re, possono fare testamento pubblico? La leg-
ge notarile (art° 57) prevede il caso che nell'at-
to da redigersi dal notaio, intervenga un muto
od un sordo-muto, ed anche qui esige l'in-
tervento dell'interpetre; il muto ed il sordo-mu-
to dichiarano la loro volontà per mezzo di
segni, i quali saranno da colui che li com-
prende tradotti in parole. Ora lo stesso può dir-
si per il testamento?
Noi abbiamo visto che l'intervento dell'inter-
prete si deve ammettere quando il testatore par-
la una lingua straniera, secondo che dispo-
ne la legge notarile nel silenzio del Codice
Civ., ma per ciò che concerne il muto il
sordo-muto il Cod. civ. non tace, ma con-
tiene una disposizione in cui si dice che i
muti e i sordo muti non possono fare te-
stamento pubblico. Infatti l'articolo 786 dice:
«Il sordo-muto ed il muto possono testare
o per testamento olografo, o per testamento se-
greto ricevuto dal notaio.» onde si desume
chiaramente che non può fare testamento
pubblico.
Posto quindi che il Codice Civile vieta ai mu-
ti ed ai sordo-muti di fare testamento pubbli-
co, se il notaio ricorresse al mezzo dell'interpe-
tre secondo la legge notarile e redigesse il testa-

mento in forma pubblica, questo sarebbe nullo. In tal modo non si verrebbe a supplire ad una lacuna del Cod. Civ. con la legge notarile, ma si applica una disposizione di questa legge contraria a quella del codice, il che non è permesso

---

## § 73 - La redazione in iscritto del testamento pubblico

---

Una seconda formalità è la riduzione in iscritto della dichiarazione di volontà del testatore fatta per opera del notaio. Il notaio come si è detto, non è tenuto a scrivere sotto dettatura, nè a scrivere di propria mano. "La volontà del testatore, dice l'art 778 sarà ridotta in iscritto per cura del notaio; quindi egli può servirsi dell'opera di amanuensi, può servirsi dell'opera dei testimoni, come può servirsi dello stesso testatore, purchè esso notaio detti la formula che valga ad esprimere il pensiero del testatore. Non occorre, si noti, che la riduzione in iscritto avenga in presenza

dai testimoni: basta che questi siano presenti al momento in cui il testatore dichiara la sua volontà. Or si domanda, può il notaio rifiutarsi di ridurre in iscritto quelle dichiarazioni di volontà che per legge sono nulle? Mettiamo che un testatore disponga un fidecommesso o ponga una condizione illecita od impossibile in una disposizione, il notaio può rifiutarsi di ridurre in iscritto quella dichiarazione di volontà? Il dubbio nasce dal fatto che la legge notarile (art 28) proibisce al notaio di procedere ad atti nulli, cioè ad atti che siano contrari all'ordine pubblico alla legge ed al buon costume. La maggior parte degli autori ritiene di no, perchè la legge notarile parla di atti contrari al buon costume, alla legge e all'ordine pubblico, ma il testamento non è per se stesso un atto contrario al buon costume, alla legge, all'ordine pubblico, e le condizioni *contra legem* o *contra bonos mores* si hanno per non apposte ma non rendono nullo l'atto in sè.

Il notaio farà bene ad avvertire il testatore che una data disposizione è invalida, ma quegli insiste, il notaio non potrà rifiutarsi a riceverla, perchè altrimenti, verrebbe ad impedire al testatore di dichiarare la propria volontà, senza dire che nella maggior parte dei casi egli sarebbe incompetente a giudicare della nullità di una disposizione. Inoltre, si aggiunge,

se la legge notarile comanda al notaio di rifiutarsi di redigere un atto che è contrario all'ordine pubblico, alla legge al buon costume, lo fa perchè l'atto tra vivi produce il suo effetto immediatamente; ma invece quando si tratta di testamento, sia pure che contenga una clausola illecita, ne verrà una delle due conseguenze: o questa clausola non recherà danno a nessuno ed allora nessuno l'impugnerà, o la clausola porterà vantaggio ad alcuni e danno di altri ed allora questi avranno tempo e modo d'impugnarla. Quindi non c'è pel testamento quell'interesse sociale a impedirne la confezione che c'è per atti tra vivi contrarî all'ordine pubblico, alla legge, al buon costume. Perciò il notaio deve redigere l'atto in modo che sia conforme alla dichiarazione di volontà del testatore, sia pure nulla questa dichiarazione.

---

## § 74 - La lettura del testamento

---

Una terza formalità è la lettura di quello che si è scritto in conformità alla dichiarazione

di volontà (art. 778) - Questa formalità è essenziale perchè solo così il testatore è garentito contro una qualsiasi falsità o travisamento che il notaio possa commettere. Se non si dovesse leggere quello che è stato scritto, potrebbe accadere che il notaio creda di avere riprodotto fedelmente la volontà del testatore, mentre in realtà non è così. Invece la legge, disponendo che il notaio legga ciò che ha scritto, fa sì che il testatore possa giudicare se lo scritto sia conforme alla sua dichiarazione di volontà. La lettura dovrà farsi per intero, non trascurando nessuna disposizione e dovrà farsi, dice la legge, dallo stesso notaio non già da altri, ed alla presenza dei testimoni. Se il testatore è sordo senza essere muto dimodochè non possa sentire le parole del notaio quando legge il testamento, e quindi non possa giudicare se lo scritto sia conforme alla sua dichiarazione orale, la legge esige un'altra formalità, quella cioè che il testatore legga lui quello che il notaio ha scritto o fatto scrivere, perchè così leggendo possa giudicare se quella conformità esiste (art. 787).

Nel caso poi che il testatore non sappia leggere, è necessaria la presenza di un quinto testimonio, il quale viene a dare maggior garenzia che lo scritto sia conforme alla dichiarazione di volontà del testatore. A questo proposito si agita una grave quistione: se il testatore sa leggere, è necessaria oltre la sua let-

tura quella del notaio, cioè il notaio deve leggere lui quello che ha scritto e inoltre far leggere al testatore, o basta che legga solo il testatore? Il dubbio nasce dalle parole dell'art. 787 che dice: «Chi è privo interamente dello udito, volendo fare testamento pubblico, oltre l'osservanza delle altre formalità richieste, deve leggere *egli stesso* l'atto testamentario, di che sarà fatta menzione nell'atto medesimo». Ora si è ritenuto che la legge con le parole "oltre l'osservanza delle *altre* formalità richieste,, non ha voluto comprendere la formalità della lettura del notaio, perchè non dice semplicemente „ oltre l'osservanza delle formalità etc„ ma "delle *altre* formalità„ cioè delle formalità diverse dalla lettura del notaio, sostituita da quella del testatore. Quindi non c'è di regola bisogno della lettura del notaio, oltre quella del testatore sordo. Se però il testatore legge sì, ma sotto voce o mentalmente in modo da non far sentire ai testimoni le disposizioni testamentarie, in questo caso, oltre la lettura del testamento fatta dallo stesso testatore, sarà necessaria la lettura del notaio, perchè i testimoni possano constatare la conformità dello scritto con la dichiarazione di volontà del testatore. In altri termini la lettura fatta dal testatore dev'essere il surrogato di quella del

notaio, e deve perciò potersi sentire dai testimoni; ove ciò non sia possibile, occorrerà una altra lettura da parte del notaio per far sentire l'atto ai testimoni

---

## § 75. Menzione da farsi nel testamento pubblico.

---

La quarta formalità è l'espressa menzione dell'osservanza di tutte le varie formalità; cioè non solo è necessario che il testatore dichiari la sua volontà a voce dinanzi il notaio ed ai testimoni, che il notaio traduca in iscritto questa dichiarazione orale, che si faccia la lettura dello scritto, ma è necessario ancora che il notaio attesti espressamente che tutte coteste varie formalità sono state compiute, solo così si potrà dall'atto stesso desumere se la legge è stata pienamente osservata. Che, se, malgrado la menzione affermativa, le formalità non si fossero realmente eseguite, il Notaio si esporrebbe ad un procedimento di falso. Ove poi pur essendoci le varie formalità os=

servate il Notaio dimenticasse farne menzione, il testamento sarebbe nullo, ancorchè si possa provare che le varie formalità siano state veramente compiute. Anche se vi sia una altra formalità non prescritta dal Cod. Civ., ma dalla legge notarile, per es. in caso che intervenga l'interprete, dovrà farsi anche menzione espressa di quest'altra formalità.

Dove debbano essere fatte queste menzioni? La legge non ne designa il luogo. Possono essere fatte volta per volta, man mano che si compiono le varie formalità e possono essere fatte anche in ultimo.

L'attestazione inoltre delle avvenute formalità dev'esser fatta in nome del notaio. Se il testamento fosse così concepito: "Io Tizio sano di mente ho dichiarato la mia volontà in presenza del notaio, il quale l'ha redatto in iscritto e poi ha dato lettura dello scritto che ho trovato conforme alla mia dichiarazione di volontà", l'atto sarebbe nullo perchè qui ci sarebbe, è vero, menzione delle osservate formalità, ma la menzione non sarebbe fatta dal notaio, non apparirebbe come una attestazione del notaio, ma del testatore, mentre la legge vuole che tale attestazione sia fatta dallo stesso notaio.

---

## §76 - Le sottoscrizioni del testamento pubblico -

---

Un'altra formalità è la sottoscrizione. - Anzitutto deve sottoscrivere il testatore, se esso sa e può scrivere; ma se non sa o non può sottoscrivere che cosa dovrà farsi?
Il testatore deve dichiarare la ragione perchè non sottoscrive, ed il notaio deve fare menzione di questa dichiarazione (art 779). Il testatore non può dire „non posso sottoscrivere„ ma deve dire il perchè non può sottoscrivere, cioè o perchè non sa, o se sa, la ragione per cui non può, p. es. perchè ha il braccio paralizzato, o la vista offuscata ecc. Il notaio poi deve fare menzione della dichiarazione del testatore; a tale scopo non basta che il notaio dica per suo conto: l'atto non è sottoscritto, perchè il testatore non sa scrivere, o perchè ha un braccio paralizzato, o la vista offuscata, se così facesse, il testamento sarebbe nullo. Ma deve dire: " quest'atto non è sottoscritto dal testatore, perchè questi, da me interrogato, ha dichiarato di non saper scrivere o non

poter scrivere perchè ha un braccio paraliz-
zato, perchè la vista gli si è offuscata, ecc" Se
manca la menzione di questa dichiarazione
del testatore, il testamento è nullo. Si richie-
de la dichiarazione proveniente dal testatore
perchè qualora egli indicasse una causa qual-
siasi per cui non può sottoscrivere, ma la sua
dichiarazione non corrisponde a verità, il testa-
mento rimarrà senz'effetto. Quando si prova
che, sebbene il testatore abbia detto, come risul-
ta dall'atto, di non poter sottoscrivere perchè ha
il braccio paralizzato o la vista indebolita, ecc,
pure ha detto cosa contraria al vero, si vie-
ne con ciò a provare che se il testatore, poten-
do, non volle sottoscrivere, mostrò così di non
voler confermare le disposizioni testamentarie,
e perciò il testamento dee ritenersi di nessun
conto. Dove deve farsi la sottoscrizione del te-
statore? Deve porsi in ultimo per principio ge-
nerale ed anche secondo la legge notarile; inol-
tre dev'essere apposta, secondo quest'ultima
legge anche in margine a ciascun foglio di
carta bollata, se il testamento è composto di
fogli (art 51 n 10 e 12). Però le firme marginali
non sono richieste a pena di nullità, come si
rileva dall'art 58 della citata legge. Oltre la sot-
toscrizione del testatore occorre quella del nota-
io, dei testimoni, dell'interpetre se a questo si è ri-
corso, in fin dell'atto e in margine a ciascun

foglio. Occorre poi la data, che importa indicazione non solo del giorno, mese ed anno, ma anche del Comune, e della casa in cui l'atto fu ricevuto, sebbene quest'ultima indicazione non sia a pena di nullità. Inoltre occorre, a pena di nullità indicare anche l'ora, in cui è avvenuta la sottoscrizione (cfr. Art. 51 n 1 e 11 e art 58 della nuova legge notarile).

È necessaria l'unità di Contesto? Unità di contesto significa che le varie operazioni debbano compiersi l'una dopo l'altra senza passare ad atti estranei. La legge non richiede pel testamento pubblico tale unità di contesto, ma la richiede soltanto per il testamento segreto, o per meglio dire per l'atto di ricevimento del testamento segreto.

---

## § 77 – Il testamento segreto.–

---

Un'altra forma ordinaria di testamento è il testamento segreto. Il testamento segreto elimina gl'inconvenienti derivanti tanto dal te-

tamento olografo che dal testamento pubblico. Mentre il testamento olografo se presenta il vantaggio di poter testare senza che nessuno lo sappia, d'altra parte dà luogo all'inconveniente grave della facilità della sua distruzione e anche della falsificazione. Invece nel testamento pubblico se non c'è pericolo della distruzione, nè quello di facile falsificazione, c'è l'inconveniente che il testatore è costretto fare sapere le cose sue, giacchè se è vero che dell'atto nessuno può prendere copia prendere visione finchè vive il testatore, all'infuori di lui (art. 913 proc. civ. e 67 legge notarile), tuttavia i testimonii non sono vincolati al segreto. Ora questi inconvenienti sono eliminati dal testamento segreto. Questo constando della scheda testamentaria che contiene le disposizioni del testatore scritte di suo pugno o da un terzo, è un atto che rimane occulto; ma d'altra parte dovendo essere consegnato al notaio, il quale dovrà fare l'atto di ricevimento nella stessa carta che serve d'involto alla scheda non presenta il pericolo della distruzione o di una facile falsificazione. Il testamento segreto o mistico, come lo chiamavano gli antichi, costa di due parti: la scheda testamentaria, e l'atto di ricevimento del notaio.

La scheda testamentaria è la carta che

contiene la volontà del testatore. Essa, si dice nell'art. 782, può essere scritta di mano del testatore o da mano di un terzo. Non c'è quindi bisogno che la scheda abbia gli stessi requisiti del testamento olografo, cioè sia scritta, datata e sottoscritta di pugno del testatore; può essere scritta da un terzo, come dallo stesso testatore. Però c'è differenza tra un caso e l'altro. Se la scheda è scritta di mano del testatore, basta la semplice sottoscrizione finale; se è scritta da un terzo è necessaria, oltre la sottoscrizione finale del testatore, la sua sottoscrizione in ogni mezzo foglio. E inoltre nel caso che il testatore non sappia o non possa sottoscrivere è necessaria un'altra formalità da compiersi nell'atto di ricevimento. La scheda testamentaria, sia scritta dal testatore o da un terzo, non ha bisogno di data, perchè la data del testamento segreto è quella dell'atto di ricevimento. Quindi, ancorchè la scheda segreta contenga la data in cui è stata redatta, questa data non è la data del testamento, quella cioè ch'è necessaria per determinare se l'individuo che testò era capace o no, e per giudicare dell'anteriorità di un testamento rispetto ad un altro ma tale è la data dell'atto di ricevimento, cioè di quell'atto che, completando la scheda testamentaria, dà vita al testamento segre-

to - A proposito della confezione della scheda c'è una quistione molto agitata nella dottrina e nella giurisprudenza. La legge dice che se il testamento segreto è scritto di mano d'un terzo vi dev'essere non solo la sottoscrizione finale del testatore, ma ci deve essere la sua firma in ciascun mezzo foglio (articolo 782).

Che significa la frase «in ciascun mezzo foglio»? Occorre la sottoscrizione in ogni mezzo foglio, quando il testamento si contiene in diversi mezzi fogli staccati; oppure anche quando la scheda testamentaria si contiene in un foglio intero piegato in due parti?

Se il testamento si contiene in più mezzi fogli staccati, evidentemente non c'è dubbio che la sottoscrizione debba trovarsi in ciascun mezzo foglio. Ma se il testamento è scritto in un foglio intero che costa di 4 pagine, è necessaria la sottoscrizione ogni due pagine (questo in fondo vuol dire in ogni mezzo foglio) o basta la sottoscrizione finale? Alcuni hanno voluto sostenere che quando la legge dice che la scheda testamentaria dev'essere sottoscritta in ciascun mezzo foglio, si riferisce all'ipotesi che l'atto testamentario sia scritto in mezzi fogli staccati, appunto perchè essi dicono, in tal caso si vede chiaramente la necessità della firma in ogni mezzo

mezzo foglio che serve ad impedire la sostituzione di un mezzo foglio ad un altro. Invece non si vede simile necessità quando la scheda consta di un intero foglio di 4 pagine piegato in due, perchè in questo caso la sostituzione è impossibile. Ma nonostante questa ragione la dottrina e la giurisprudenza ritengono che la sottoscrizione ci dev'essere in ciascun mezzo foglio, se anche il testamento sia scritto in un foglio intero anche se le due parti del foglio non siano staccate, e ciò risulta non solo dalla lettera della legge, ma anche dalla storia di questa disposizione. Letteralmente le parole „ciascun mezzo foglio„ significano non solo il mezzo foglio staccato per sè stante, ma anche il mezzo foglio che fa parte dell'intero. Inoltre è da ricordare che la disposizione del Codice nostro fu tolta dal Cod. Albertino. Ora dai lavori preparatorii di questo codice si rileva che alcuni volevano che la sottoscrizione del testamento segreto fosse fatta in ciascuna pagina, altri soltanto in fine; prevalse un'opinione intermedia, nè in ciascuna pagina, nè in fine, ma in ciascun mezzo foglio, cioè ogni due pagine.
Ora la necessità della sottoscrizione ogni due pagine c'è non solo quando il testamento risulta di mezzi fogli staccati, ma anche quando è contenuto in un foglio intero. Però non è necessario che si sottoscriva le pagine di numero dispari o quelle di numero pari; basta che ogni

due pagine ci sia la sottoscrizione, la quale è garenzia non solo contro una possibile sostituzione con un altro foglietto, ma anche serve ad assicurare colla massima probabilità che il testatore sottoscrivendo ogni mezzo foglio abbia presa visione del contenuto della carta scritta da altri. Ma la sottoscrizione può mancare perchè il testatore non sa o non può sottoscrivere. In tal caso nell'atto di ricevimento bisogna compiere una formalità di più, cioè bisogna che il testatore dichiari di aver letto il testamento e di averlo trovato conforme alla sua volontà, e inoltre dichiari la causa per cui non ha potuto sottoscriverlo, cosicchè se si trova un testamento segreto non sottoscritto dal testatore e senza la sua dichiarazione di averlo letto e di non averlo potuto sottoscrivere per una causa determinata il testamento è nullo (art. 784).

Non basta che la scheda sia scritta dal testatore o da un terzo, che sia sottoscritta regolarmente, ma è necessario che sia sugellata. Il suggellamento è voluto dalla legge per garentire la segretezza del contenuto del testamento. I suggelli devono farsi con un'impronta qualsiasi, e in modo tale che il testamento non possa essere aperto senza la rottura del sigillo. Solo quando la scheda testamentaria è sigillata in questo modo il testamento è valido. Ma se i sigilli sono stati apposti senza impronta

e in modo da potersi violare; anche se la scheda non sia stata punto manomessa o alterata, il testamento è nullo. La sola possibilità dell'alterazione o apertura basta a giustificare la nullità. Dopo che la scheda è stata delicatamente chiusa e sugellata, si può passare all'atto di consegna al notaio e quindi al corrispondente atto di ricevimento. Che cosa bisogna fare per quest'atto di consegna? Se la scheda è sigillata, il testatore non deve far altro che la consegna al notaio, dichiarando che in essa si contiene il proprio testamento; se non è stata sugellata, si deve suggellare in presenza del notaio e dei testimoni nel modo dianzi accennato. Dopo che il notaio ha proceduto all'operazione del suggellamento, che non è stata fatta precedentemente, passa a redigere l'atto di ricevimento. Su che carta si deve redigere questo atto? La legge vuole che l'atto di ricevimento si rediga sulla stessa carta che contiene la scheda testamentaria; se essa è suggellata senza involucro, o nel caso contrario, su quella che le serve d'involucro (art. 783).

Quindi non si può fare l'atto di ricevimento in un foglio di carta separato, che possa poi unirsi alla carta che contiene la scheda testamentaria.

Se il testatore ha scritto le sue disposizioni

in carta semplice come ne ha il diritto, giu-
sta l'art. 27 n 3 della legge sul bollo, testo u-
nico 4 luglio 1897, come farà il Notaio a
stendere l'atto di ricevimento, posto che questo
dee redigersi in carta bollata di Lire due, giu-
sta l'art. 19 n 39 di detta legge?

Bisognerebbe fare col foglio di carta bolla-
ta un nuovo involucro e tornare a sigillar-
lo, ma la legge sul bollo ha eliminato ogni
difficoltà, disponendo nell'art 20 n° 38 che ba-
sta applicare la marca di lire 2 sull'atto
di ricevimento, quando l'involto esi-
bito dal testatore non sia mu-
nito del bollo competente.

Che cosa dee contenere l'atto di ricevimento?
Nell'atto di ricevimento bisogna enunciare
l'adempimento di tutte le formalità che la
legge richiede sotto pena di nullità. Anzitut-
to cioè bisogna enunciare la dichiarazione
fatta dal testatore alla presenza del notaio e di
4 testimoni; che la scheda testamentaria da
lui presentata è suggellata in conformità del-
la legge, che in essa si contiene l'atto di sua
ultima volontà; in secondo luogo bisogna che
vi sia la dichiarazione che quella scheda è
stata consegnata dallo stesso testatore. Il che
non significa che il testatore deve averla conse-
gnata di sua mano. Poniamo che il testatore
non sia in grado di poter muovere le braccia,

basta che egli indichi al notaio o ad altri il posto ove si trovi la scheda testamentario. Inoltre è necessario che sia indicato il numero dei sigilli e l'impronta di questi ed infine che l'atto sia sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio. Se poi il testatore non può sottoscrivere l'atto, bisogna che egli dichiari la causa perchè non può sottoscrivere e nel caso che il testatore non abbia sottoscritto nemmeno la scheda testamentaria occorre la dichiarazione della causa per cui il testatore non ha potuto sottoscriverla, e che di queste dichiarazioni sia fatta menzione nell'atto di ricevimento. Ancora c'è un altro caso straordinario ed è che il testamento segreto sia presentato da un sordo-muto o da un muto. Il sordo-muto o il muto non può dire con la parola che in quella scheda si contiene il suo testamento. Perciò in sostituzione della dichiarazione orale, il muto o il sordo-muto di proprio pugno nell'atto di ricevimento deve scrivere la dichiarazione che nella scheda presentata al notaio si contiene la disposizione di sua ultima volontà e ciò deve fare alla presenza dei testimoni e del notaio (art 786.)

Un altro requisito necessario pel testamento segreto è che l'atto di ricevimento, deve avere unità di contesto, cioè le varie formalità che

vanno dalla consegna del testamento al notaio, sino all'ultima sottoscrizione devono succeder-si senza intervalli senza passare ad atti estranei. La legge ha voluto questo requisito per impedire che nell'intervallo tra una forma-lità e l'altra si potesse sostituire la scheda del testatore con un altra.

Questi sono, in breve, le necessarie forma-lità del testamento segreto. Moltissime qui-stioni si fanno attorno a questa forma di te-stamento che noi non crediamo esaminare per brevità. Però non possiamo passare sotto silenzio una quistione che è di diritto forma-le e di diritto sostanziale nel tempo stesso. La quistione riguarda l'efficacia probatoria del testamento segreto. Il testamento segreto ha la stessa forza probatoria del testamento pub-blico, oppur no? E per conseguenza che cosa do-vrà pensarsi della validità del riconoscimen-to dei figli naturali contenuto nella scheda testamentaria? Vi sono due opinioni. Alcu-ni dicono: Il testamento segreto equivale al testamento pubblico perchè la legge sotto la stessa denominazione di «testamenti per at-to di notaio» comprende e il testamento pub-blico e il testamento segreto. Infatti la legge all'art 776 dice: «Il testamento per atto di no-taio è pubblico o segreto.» Dunque, si dice, se la legge racchiude sotto un unico concetto due

forme diverse di testamento, vuol dire che dà loro la stessa efficacia, la stessa indole giuridica. Perciò per impugnare il contenuto della scheda di un testamento segreto bisogna ricorrere all'iscrizione in falso. Ma fin tanto che non si fa la querela di falso, il testamento segreto fa piena prova, come il testamento pubblico. Inoltre se nel testamento segreto si contiene il riconoscimento di un figlio naturale, il riconoscimento sarà valido. Così i fautori di quest'opinione ritengono che sebbene la scheda testamentaria, in se stesso, sia scrittura privata, purnondimeno cambia la sua natura e si trasforma in atto pubblico, per la forza, dirò così, di compenetrazione della scheda testamentaria nell'atto di ricevimento, giacchè l'atto di ricevimento, è un elemento integrante la scheda testamentaria, non potendosi concepire testamento segreto senza atto di ricevimento. Si dice, quindi, poichè l'atto di ricevimento è un atto pubblico, la stessa indole di atto pubblico si estende alla scheda testamentaria che è l'altro elemento essenziale, senza il quale non si può avere testamento segreto. Ma quest'opinione trova molti avversari i quali, credo che abbiano ragione: Infatti è vero che la legge sotto la categoria di testamento per atto di notaio, comprende tanto il testamento pubblico che il se-

greto. Ma che vuol dire con ciò? Che l'opera del notaio è necessaria tanto pel testamento pubblico che pel segreto: infatti non si può concepire testamento segreto senza l'atto di ricevimento fatto dal notaio; ma non s'intende significare che la scheda testamentaria, che costituisce uno degli elementi del testamento segreto, sia un atto pubblico. Per aversi l'atto pubblico è necessario che la dichiarazione di volontà del privato sia ricevuta e ridotta in iscritto da un pubblico ufficiale a ciò destinato. Invece la scheda testamentaria è opera del privato, e resta tale anche quando vien consegnata al notaio, il quale non sa il suo contenuto e non ha prestato la sua opera alla redazione della scrittura. Quindi come può imprimere l'autenticità ad un atto che per lui rimane un segreto? Ma è un atto pubblico l'atto di ricevimento. Senza dubbio, l'atto di ricevimento, in quanto attesta che la scheda testamentaria presentata dal testatore contiene la sua ultima volontà, è un atto pubblico, e in quanto l'atto di ricevimento contiene simile dichiarazione, non si può impugnare che con la querela di falso. Ma l'una cosa non ha che fare con l'altra. Nell'atto di ricevimento non si riproducono le dichiarazioni testamentarie contenute nella scheda, se si riproducessero, la scheda testa-

mentaria riceverebbe carattere di autenticità. Restando la scheda testamentaria segreta, non partecipando il notaio della formulazione di essa, bisogna tener distinti questi due atti e attribuire all'uno natura diversa che all'altro. Quindi se alcuno vuole impugnare per mancanza di verità, il contenuto di una scheda testamentaria, se alcuno vuole sostenere che sebbene il testatore abbia detto, che in quella carta si contiene la sua ultima volontà purnondimeno quella carta fu scritta da un altro che travisò il pensiero del testatore, in guisa da fargli dire cose che egli non voleva, non avrà bisogno di ricorrere all'iscrizione in falso, ma potrà avvalersi di ogni specie di prova. Però, si noti, non bisogna esagerare negando l'efficacia probatoria piena del testamento segreto, non bisogna equipararlo cioè in tutto e per tutto al testamento olografo. Noi abbiamo visto a proposito di questo come basti che l'erede legittimo o un altro interessato in giudizio neghi di riconoscere nel testamento la calligrafia del testatore, perchè erede testamentario o il legatario sia obbligato a fare la prova di verificazione della scrittura. Invece se l'erede nominato nel testamento segreto vuol far valere il suo diritto contro lo erede legittimo, questi non può limitarsi a dire: io nego che questo testamento sia vero, per-

chè c'è contro di lui la presunzione di verità derivante dall'atto di ricevimento in cui si attesta che la scheda testamentaria è appunto quella che il testatore ha dichiarato contenere la sua ultima disposizione di volontà. Quindi il testamento segreto pur non avendo la stessa efficacia probatoria dell'atto pubblico, ha un'efficacia maggiore del testamento olografo, in quanto che l'atto di ricevimento viene ad imprimergli una speciale presunzione di verità, che però si può combattere con qualunque mezzo di prova; mentre se riconoscessimo alla scheda testamentaria la stessa natura dell'atto pubblico, la presunzione di verità cadrebbe, non dinanzi a qualsiasi prova testimoniale, ma soltanto dinanzi l'iscrizione in falso. Ciò posto, che deve dirsi se la scheda segreta contenga il riconoscimento di un figlio naturale? Poichè il riconoscimento del figlio naturale deve essere contenuto in un atto pubblico, e non può produrre i suoi effetti se si trova in un atto che è opera di un privato, poco importa che la scrittura sia un testamento presentato poi ad un notaio, il quale nell'atto di ricevimento consacra la dichiarazione che in quella scheda si contiene l'ultima disposizione di volontà del testatore, giacchè la scheda non è redatta dinanzi al notaio, pel quale il testamento resta segreto. Però la giurisprudenza,

per favorire i figli naturali, ha ritenuto la validità del riconoscimento contenuto in un testamento segreto, e ciò partendo dal principio che l'atto di ricevimento estende la sua efficacia di atto pubblico anche alla scheda testamentaria

---

## § 78. Incapacità di testare rispetto alle varie forme di testamento.

---

Esposte le forme ordinarie di testare, dobbiamo osservare che fra esse non sempre si può scegliere a piacere da chiunque, ma vi sono delle condizioni che impediscono di servirsi di una forma piuttosto che dell'altra. Così chi non sa leggere nè scrivere, ossia è analfabeta, non può fare un testamento olografo. Chi non può parlare perchè muto o sordo-muto, non può fare testamento pubblico, perchè noi abbiamo visto, che in questo caso, non è ammessa la possibilità di ricorrere all'interpetre, giacchè la legge permette al muto o al sordo-muto di servirsi solo della forma del testa-

mento olografo o del testamento segreto (art. 786)
Chi non sa o non può leggere, non può fare nemmeno testamento segreto, perchè noi abbiamo visto che per fare un testamento segreto bisogna per lo meno saper leggere, perchè se non si sa scrivere, bisogna dichiarare che le disposizioni contenute nell'atto sono state lette; quindi chi non sa o non può leggere non essendo in grado di fare questa dichiarazione non può fare nemmeno testamento segreto. Una questione è nata per il cieco. Il cieco può fare un testamento segreto, posto che prima della sua cecità sapesse leggere o scrivere? Il cieco non può leggere, quindi non può fare testamento segreto. Gli autori aggiungono che se anche il cieco abbia sottoscritto un testamento vergato dalle mani d'altri, questo testamento non è valido, perchè egli non può leggere ciò che l'altro ha scritto.
Dal momento che la legge esige la possibilità della lettura poco importa il fatto che il cieco materialmente abbia sottoscritto; egli avrà piena coscienza di aver firmato, ma non può avere la coscienza che le disposizioni da lui firmate corrispondano alla sua volontà. Quindi se anche il cieco abbia sottoscritto un testamento segreto, esso è valido. Solo si può dubitare nel caso che il testatore abbia scritto la scheda tutto di suo pugno. Perchè si può dire se il cieco ha scritto di sua mano tutto il te-

stamento, egli ha piena coscienza di ciò che ha scritto. Come quando il cieco fa un testamento olografo, questo è inattaccabile, così quando ha fatto un testamento segreto tutto di suo pugno, il testamento è valido. La legge esige che la lettura sia fatta dal testatore perchè questa garentisce la piena corrispondenza dello scritto con la volontà del testatore; ma se questa corrispondenza deriva dal fatto che il testatore stesso ha scritto la scheda tutta di suo pugno, ancorchè cieco, il requisito della lettura non occorre. Vero è che il cieco potrebbe esser vittima di una sostituzione di schede, e consegnare una da lui non scritta, ma in tal caso è facile la prova della sostituzione. Ma fin quando ciò non si provi il testamento dovrebbe ritenersi valido.

---

## § 79 - Requisiti per l'idoneità dei testimoni -

---

Una regola generale per tutte e due le forme

di testamento per atto di notaio, testamento pubblico e testamento segreto è quella che concerne i testimoni richiesti. Quali requisiti devono avere i testimoni?

Il codice civile a questo proposito dev'essere integrato con la legge notarile. Il Codice dispone all'art. 788: « I testimoni nei testamenti debbono essere maschi, maggiori di anni 21, cittadini del regno, o stranieri in esso residenti, e non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili. Non sono testimoni idonei i praticanti e gli ammanuensi del notaio che ha ricevuto il testamento. »

1°) I testimoni debbono essere maschi. Questo requisito è stato abolito dalla legge del 9 dicembre 1877 che conferisce la capacità di testimoniare in atti pubblici anche alle donne, ni omaggio alla citata legge; quella notarile, non riproduce più il requisito del sesso maschile.

2°) I testimoni debbono essere maggiori di anni 21. Qui gli autori notano che la legge non dice maggiori di età, ma maggiori degli anni 21, diversità di locuzione che ha la sua importanza pratica. Se la legge avesse detto maggiori di età, nel caso vi fossero adibiti come testimoni degli stranieri minori degli anni 21, ma appartenenti ad uno stato per la cui legislazione si raggiunge la maggiore età

prima di questo tempo i testimoni sarebbero stati capaci, invece dicendo la legge maggiore degli anni 21, anche gli stranieri che, secondo la loro legge personale, siano maggiori di età, debbono avere 21 anno per essere testimoni idonei in Italia.

3°) Debbono essere cittadini del regno o stranieri in esso residenti. La legge concede che possono esser testimoni gli stranieri, giusta il principio generale che riconosce negli stranieri il godimento di tutti i diritti civili (art. 2 codic. civ.); ma vuole che siano residenti nel regno e ciò per la maggiore difficoltà di rintracciare questi testimoni in caso di bisogno. Non debbono aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili. Su questo requisito c'è diversità tra il cod. civ. e la legge notarile la quale (art 50) dice: che i testimoni debbono avere il pieno esercizio dei diritti civili. Ora le due frasi non hanno lo stesso valore. Può essere che uno non sia stato condannato eppure non abbia il pieno esercizio dei diritti civili come nel caso dell'inabilitato. Il Cod. Civ. richiede meno, la legge notarile richiede di più; la disposizione della legge notarile è generale per tutti gli atti pubblici, nè può dirsi che sia <u>contraria</u> a quella del Cod. Civ. in modo che debba questo prevalere. Invece essa ha carattere <u>complementare</u>

Perciò qualora intervengano in un testamento dei testimoni che, pur non essendo stati condannati, non hanno la pienezza del godimento dei diritti civili, essi sono inidonei e il testamento è nullo.

4°) Inoltre la legge notarile dice che i testimoni per esser tali devono mancare di interesse nell'atto. Però il Codice disponendo con l'art. 771 che sono nulle solo le istituzioni e i legati fatti a favore dei testimoni intervenuti nell'atto pubblico, implicitamente esclude la nullità dell'intero atto comminata dalla legge notarile, che perciò risulta inapplicabile ai testamenti.

5°) Inoltre questa legge dispone che non possono essere ammessi come testimoni i ciechi, i sordi, i sordo-muti; e giustamente. Supponiamo infatti che in testamento pubblico si adibisca come testimonio un sordo; egli come può sentire ciò che il testatore dice al notaio? Come può attestare che l'atto che è stato letto è conforme alla dichiarazione di volontà del testatore? Se i testimoni son ciechi, non vedono il testatore, non vedono il notaio, cosicchè se ci sia una sostituzione di persona essi non potrebbero attestare che veramente colui che parlò fosse il vero notaio. I testimoni poi ciechi o sordi non possono essere adibiti in un testamento segreto, perchè se sono ciechi non posso-

no vedere se il testatore consegna al notaio la scheda testamentaria; se sono sordi non possono sentire che il testatore dichiara che in quella scheda si contiene l'atto di sua ultima volontà. Quindi deve applicarsi la legge notarile che riguarda gli atti in generale, compresi i testamenti.

6°) Inoltre per questa legge (art 50) i testimoni non possono essere affini e parenti del testatore o del notaio in linea retta in qualunque grado, e in linea collaterale fino al terzo inclusivamente. Il cod. civ. tace e regna grande controversia sul proposito. Ma secondo noi la disposizione della legge notarile è applicabile anche ai testamenti perchè evidentemente essa ha carattere complementare. Se il Codice avesse una disposizione che ammette l'idoneità dei testimoni parenti o affini del testatore e del notaio, allora ci sarebbe contrarietà tra il Codice e la legge notarile e dovrebbe prevalere il primo, ma il Codice non dice nulla: supplisce quindi la legge notarile.

7°) Ancora non possono essere adibiti come testimoni gli amanuensi o gli addetti al servizio del notaio, perchè costoro possono essere persone sospette, in quanto potrebbero presentarsi ad una illegalità o ad una falsificazione. Tale incapacità è scritta nel Cod. civ., ed era anche preveduta nella vecchia legge notarile, ma la no

va l'ha soppressa. Tuttavia deve ritenersi tuttora applicabile ai testamenti il disposto del Cod. Civ., che deve prevalere, data l'antite-si tra esso e la legge notarile ora vigente.

8°) Finalmente non possono essere testimoni gli analfabeti. La legge notarile lo dice espres-samente; il cod. civ. non lo lascia sottindere, perchè tanto il testamento pubblico quanto l'atto di ricevimento del testamento segreto devono sem-pre essere sottoscritti dai testimoni: quindi se essi non sanno e non possono sottoscrivere, il testamento è nullo.

---

## § 80. I testamenti speciali

---

Dopo aver parlato dei testamenti ordinari, di-remo poche parole intorno ai testamenti spe-ciali. Il legislatore previde la possibilità di circostanze tali in cui il testatore non potes-se servirsi delle forme ordinarie dei testamen-ti e specialmente del testamento pubblico e del testamento segreto, e perciò stabilì forme speciali più spedite che potessero servire in

simili circostanze eccezionali. Il principio generale che regola i testamenti speciali è che essi hanno valore solo entro certi limiti di tempo, in cui il testatore si presume non possa usare delle forme ordinarie, ma trascorso quel periodo sono caducati, cioè restano privi di efficacia. I testamenti speciali sono tre:

1°) Testamento fatto in tempo di peste o di altra malattia reputata contagiosa.

2°) Testamento fatto in viaggio di mare.

3°) Testamento fatto in tempo di guerra (testamentum in procinctu degli antichi romani).

1°) Il testamento fatto in tempo di peste o di altra malattia contagiosa - Le forme che la legge vuole osservate per questo testamento sono più spiccie e più semplici di quelle del testamento ordinario per atto di notaio. Infatti la legge non esige necessariamente la presenza di un notaio, nè la presenza di 4 testimoni contentandosi di due soltanto, non esige che i testimoni siano maggiori di età, ma si contenta che abbiano l'età di 16 anni compiuti, non esige infine che il testamento sia scritto e sottoscritto dal testatore e dai testimoni, poichè basta si faccia menzione dell'impossibilità in cui si trovano queste persone a sottoscrivere. Per fare simile testamento anzitutto è necessario che si tratti di un tempo in cui domini

la peste d'altra malattia reputata contagiosa (art 789) - Non è necessario che si tratti di vera e propria peste, o di altra malattia realmente contagiosa, ma basta che si reputi tale. In somiglianti casi in cui i più abbandonano le proprie occupazioni per sfuggire il morbo o ad ogni modo evitano di avvicinare gl'infermi per paura del contagio, riesce difficile trovare un notaio e dei testimoni che abbiano tutti i requisiti voluti dalla legge; perciò questa tenendo conto di cosifatte impossibilità o anche semplici difficoltà, ancorchè la malattia non sia realmente contagiosa, si contenta che il testamento sia ricevuto da un notaio, o dal giudice, o dal sindaco, o dal ministro del culto (art. 789).

Non c'è nessuna difficoltà per sapere chi è il sindaco, ma c'è quistione per determinare chi è il giudice ricordato in questo articolo. La parola giudice è una parola generica; giudice è anche un consigliere di Cassazione, un consigliere di Corte d'Appello, un giudice di Tribunale, il Pretore, il Conciliatore. Può ciascuno di questi magistrati ricevere validamente il testamento in tempo di peste? La legge non dice un giudice, ma il giudice, quindi designa un giudice unico, il giudice del luogo. Ma anche così circoscritto il senso della parola giudice, resta sempre a domandare: quale giudice? Sono

due i giudici unici; il giudice conciliatore
ed il Pretore. Quando la legge dice che il testa-
mento può essere ricevuto dal giudice, si riferi-
sce soltanto al Pretore, o anche al giudice con-
ciliatore? Io credo che le parole della legge deb-
bano intepetrarsi in senso ampio, nel senso cioè
che non solo il Pretore del luogo può ricevere
il testamento ma anche il giudice conciliato-
re; il che si rileva anche dalla storia dell'artico-
lo, che fu riprodotto dal codice Albertino, al tem-
po del quale tanto i conciliatori che i pretori
venivano chiamati ugualmente giudici. E ciò
anche per la ragione che mentre non tutti
i Comuni sono sedi di Pretura in ogni comu-
ne, anche piccolo si trova il giudice concilia-
tore; quindi per rendere possibile la forma
speciale di testamento, anche per questi luo-
ghi in tempo di peste, è giusto pensare che an-
che il giudice conciliatore possa riceverlo. La
legge dice anche dal ministro del culto e non
dice *da un* ministro del culto; quindi, se-
condo alcuni, qualsiasi prete può ricevere un
testamento in tempo di peste, ma solo chi
ha la cura delle anime; cioè il parroco, o il
pastore, se si tratta di protestanti. Però questa
interpetrazione ci sembra troppo rigorosa essen-
do difficile, che in simili circostanze si posse-
devere proprio il parroco mentre può bastare
qualunque confessore o prete che assista l'in

fermo. Ma chiunque riceva questo testamen-
to sia il notaio, il sindaco, il Pretore, il conci-
liatore, il ministro del culto, il testamento ha
sempre carattere di testamento pubblico; tali per-
sone in questo caso compiono le funzioni di no-
taio e perciò il testamento dev'essere redatto per
iscritto, a cura di uno di questi pubblici uffizia-
li. Essi però naturalmente non sono obbligati
ad osservare le formalità prescritte dalla legge
notarile, perchè tali formalità riguardano i no-
tai soltanto e servono per i casi ordinari, basta
che redigano in iscritto la dichiarazione orale
di volontà del testatore, che firmino l'atto redat-
to, dopo averne data lettura, che tanto alla dichia-
razione del testatore, quanto alla redazione e
alla lettura dell'atto, assistano due testimoni
Costoro poi non hanno bisogno dei requisiti vo-
luti dalla legge notarile, ma basta che abbiano
16 anni compiuti. Se non sanno o non posso-
no sottoscrivere, dichiareranno la ragione, per
cui non sanno o non possono sottoscrivere. Que-
sto testamento diverrà caducato, quando siano
scorsi 6 mesi dopo che abbia cessato di domina-
re la malattia nel luogo in cui trovasi il testa-
tore, ovvero 6 mesi dopo che questi siasi trasfe-
rito in luogo immune dall'epidemia (art 790)
Perchè, scorso questo tempo, il testatore ha la
possibilità di rifare il testamento nelle forme or-
dinarie, se non lo fa, la sua volontà si ha

come non mai manifestata validamente.

2°) Testamento fatto in viaggio di mare. Chi si trova in viaggio di mare, può durante il viaggio, breve o lungo che sia far testamento navighi su un piroscafo mercantile o su una corazzata. In questi casi non si trova un notaio, quindi la legge doveva prescrivere delle formalità meno rigorose pel testamento che si facesse in viaggio di mare. È necessario però che si tratti di viaggio per mare: se invece si naviga su un fiume, siccome si può facilmente approdare in un luogo in cui vi sia un notaio, questa forma di testamento non è permessa. In secondo luogo, come si rileva dalle disposizioni della legge, è necessario che si faccia un viaggio di mare su un bastimento della marina mercantile della marina militare; perchè se si viaggia in una barca peschereccia, mancano quelle date persone che sono idonee a ricevere il testamento. Quali sono queste persone? La legge lo dice nell'art 791 "I testamenti fatti nel mare durante un viaggio saranno ricevuti a bordo dei vascelli e d'altri bastimenti della marina militare dall'ufficiale comandante il bastimento ed insieme dal commissario della marina, ed in loro mancanza da quelli che fanno le veci. A bordo dei bastimenti di commercio possono essere ricevuti dal secondo ed insieme dal capitano o patrone; ed in loro mancanza da chi ne fa le veci,,

Cosicchè questi testamenti per essere validi debbono essere ricevuti dalle due persone indicate dalla legge, una solo di esse non basterebbe. Inoltre è necessaria l'assistenza dei testimoni i quali debbono essere maggiori di età, diversamente da quanto è disposto pel testamento in tempo di peste, perchè è facile trovare a bordo di un bastimento mercantile o militare due testimoni maggiori di età, mentre in tempo di peste ciò è difficile. Sicchè le formalità essenziali a questa forma speciale di testamento sono due: che il testamento sia ricevuto da quei tali ufficiali indicati dalla legge e che siano presenti due testimoni maggiori di età. Non è necessario che questi ultimi sappiano sottoscrivere. Anche questo testamento perde la sua efficacia, scorsi tre mesi dopo che il testatore è arrivato in un luogo in cui poteva fare un testamento ordinario

3°) Testamento fatto in tempo di guerra. L'art 799 dice „ il testamento dei militari e delle persone impiegate presso l'esercito può essere ricevuto da un maggiore o da qualunque altro ufficiale di grado uguale o superiore, o da un intendente militare o commissario di guerra in presenza di due testimoni aventi le qualità volute dall'art 791; il testamento sarà ridotto in iscritto, osservando quanto alle sottoscrizioni ciò che è stabilito dall'art. 794. Il testamento dei militari appartenenti a corpi o posti staccati dal-

l'esercito, può anche essere ricevuto dal capitano, o da altro ufficiale subalterno che ne abbia il comando. Anche qui la legge non esige la presenza del notaio. Trattandosi di testamento militare o d'impiegati che si trovano in una spedizione in tempo di guerra, il testamento può essere ricevuto o dal maggiore o da un ufficiale equiparato al maggiore, e se si trovano in corpi distaccati ove non c'è maggiore, basta il capitano o un altro ufficiale subalterno. Un sott'ufficiale, (maresciallo, sergente ecc.) non sarebbe capace di ricevere un testamento fatto da un militare: se poi il militare si trova all'infermeria o all'ospedale può anche l'ufficiale sanitario ricevere il testamento in presenza di due testimoni. Anche questo testamento cessa di avere efficacia quando sono passati tre mesi dal ritorno del testatore in un luogo in cui si poteva fare testamento ordinario. -

---

## § 81 - Regole comuni alle varie forme di testamento. - La nullità derivante da mancanza di forma.

---

Passiamo ora ad esporre le regole generali a tut-

ti i testamenti, avuto riguardo alla forma solenne che la legge prescrive. La mancanza di una formalità prescritta dalla legge, sotto pena di nullità sia un testamento ordinario, sia un testamento speciale produce nullità dell'intero testamento.

Questo è detto nell'artº 804: "le formalità stabilite negli articoli 775, 777, 778, 779 e 780, 781, 782, 783, 784, 786, 787, 788, 789, 791, 793, 794, 799, 800 devono osservarsi sotto pena di nullità" Le nullità cosidette intrinseche, quelle cioè, che riguardano la sostanza di una disposizione testamentaria sono nullità che affettano la singola disposizione, onde può avvenire che essendovi nullità intrinseca, sia nulla una determinata disposizione e rimangano valide tutte le altre. Invece le nullità che riguardano la forma del testamento dette anche estrinseche in qualunque parte si trovino, lo rendono nullo per intiero perchè la forma abbraccia tutto il testamento, e quindi mancando per una parte manca per il tutto.

Ma la legge ha voluto apportare una mitigazione a questo principio rigoroso, applicando anche al testamento il principio della conversione degli atti giuridici.

Poniamo che un testamento non abbia i requisiti speciali ad una forma che il testatore intese prescegliere, ma abbia i requisiti

zionori per un'altra forma di testamento. A rigore il testamento è nullo, purnondimeno siccome ha i requisiti per una forma di testamento, diversa da quella che gli si voleva fare assumere, il testamento sarà valido in quell'altra forma. Quindi se si fa un testamento segreto ricevuto dal notaio o da altro pubblico ufficiale, che non ha i requisiti necessarî al testamento segreto, esso non varrà come testamento segreto, ma potrà valere come testamento olografo, quando si riscontrino tutti i requisiti del testamento olografo. Così dispone espressamente l'articolo 804 capov. Facciamo il caso che alcuno abbia scritto tutta di suo pugno e sottoscritto una scheda testamentaria, che l'abbia suggellato e poi consegnato al notaio; se i suggelli sono apposti male in guisa da potersi rompere o alterare, oppure se all'atto del ricevimento del notaio viene trascurata qualche formalità voluta dalla legge, il testamento è nullo come testamento segreto, ma d'altra parte, siccome ha in sè i requisiti minori che la legge esige per l'olografo, varrà come tale. Però sull'art° 804, che così dispone, si fa una quistione d'ordine esegetico.

L'articolo dice: se però un testamento segreto ricevuto da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato a ricevere non potesse valere come tale, varrà come testamento

olografo qualora ne abbia i requisiti. « Chi è quest'altro pubblico ufficiale che può ricevere un testamento segreto? Potremo noi pensare forse che quest'altro pubblico ufficiale sia il pretore, il conciliatore, il sindaco, il ministro del culto pel testamento fatto in tempo di peste, il padrone o il capitano di una nave pel testamento in tempo di viaggio di mare, il maggiore o altro ufficiale di grado superiore pel testamento in tempo di guerra?

No, perchè in tutti i casi di testamento speciale non si ha testamento segreto; ma si faccia in tempo di peste, o in viaggio di mare, o in tempo di guerra, si ha sempre testamento pubblico, giacchè occorre sempre una dichiarazione orale fatta dinanzi al pubblico ufficiale che deve redigerla in iscritto. Non resta quindi che riferire la frase della legge « o da altro pubblico ufficiale » agli agenti diplomatici o consolari i quali devono fungere da notai per gli atti dei loro connazionali che si trovano in paese straniero; quindi se un console, se un agente diplomatico in un paese estero abbia ricevuto un testamento segreto da un suo connazionale, egli lo riceve validamente perchè a funzione di notaio, e quindi anche nel caso che il testamento non ha i requisiti del testamento segreto, varrà come testamento ologra-

fo se ne abbia tutti i requisiti. Molte volte nasce il dubbio se in un testamento vi sia o no una nullità di forma; il dubbio si dovrà risolvere in favore della validità o per la nullità del testamento?

Secondo un'opinione che a me pare giusta, bisogna distinguere due specie di dubbi: dubbio di dritto e dubbio di fatto.

Dubbio di diritto. — Può esservi dubbio se una formalità prescritta dalla legge sia o no voluta sotto pena di nullità. L'articolo 804 dice: "Le formalità prescritte negli articoli 775, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 786, 787, 788, 789, 791, 793, 794, 799 e 800 devono essere osservate sotto pena di nullità, e qui non c'è dubbio possibile. Ma oltre alle nullità esplicite vi sono nullità implicite, oltre alle nullità testuali, vi sono nullità virtuali. Ora se si tratta di formalità per cui la legge non commina nullità e vi sia dubbio se la inosservanza di queste formalità importi nullità virtuale oppur no, come deve giudicarsi?

Evidentemente bisogna risolvere la quistione nel senso della validità del testamento, perchè le regole concernenti le forme sono d'indole eccezionale. Il principio generale è la libertà di manifestare la propria volontà in qualsiasi forma, sicchè le forme prescritte dalla legge importano un limite a questa libertà e

quindi costituiscono un eccezione al principio generale. Ora quando non è chiara l'intenzione del legislatore, l'eccezione non deve ammettersi e quindi il dubbio se la formalità sia voluta dalla legge sotto pena di nullità o no, bisogna risolverlo nel senso favorevole alla libertà di testare, e quindi alla validità del testamento. Invece se noi ci troviamo in presenza di una formalità che senza dubbio la legge vuole sotto pena di nullità, ma il dubbio nasce sul fatto dell'osservanza di questa formalità, se cioè questa formalità voluta dalla legge, sia stata realmente osservata oppur no, allora la quistione cambia aspetto. Come può nascere questo dubbio? Quando la legge vuole menzionato l'adempimento di certe formalità, allora il dubbio non può sorgere: o l'adempimento della formalità è stato mensionato, ed allora deve ritenersi adempiuta, fino a querela di fatto o non è stata mensionata, ed allora è come se non fosse adempiuta, perche la legge vuole la menzione sotto pena di nullità. Ma vi sono delle formalità che devono essere adempinte sotto pena di nullità, ma per esse non è necessaria la menzione. Per es: il notaio che deve sentire la dichiarazione di volontà del testatore e poi redirgela in iscritto. La redazione in iscritto della volontà del testatore per cura del notaio è senza dubbio una for-

malità essenziale. Ma supponiamo che il notaio non abbia detto nel testamento che la volontà del defunto fu redatta in iscritto a sua cura però, per varie circostanze di fatto nascere il dubbio se veramente fu il notaio che fece redigere lo scritto o fu un estraneo. In questo caso come si deve risolvere la quistione?

Nel senso della validità del testamento, o nel senso della nullità?

Deve presumersi che quella formalità voluta dalla legge è stata adempiuta o il contrario? Molti risolvono la quistione con criteri erronei. Cioè, alcuni dicono: bisogna partire dal principio che la successione legittima deve prevalere sulla testamentaria e quindi il dubbio va risoluto contro la validità del testamento, a favore della successione legittima.

Noi dicemmo, a suo tempo, che questo criterio è sbagliato, perchè non c'è prevalenza dell'una sull'altra specie di successione; oppure se prevalenza vi ha bisogna darla alla successione testata, in quanto chè si fa luogo alla successione legittima sol quando non vi sia successione testamentaria. Ma la quistione deve risolversi in base ad altri principii inconcussi, e d'ordine positivo, non già in base a principii teorici, che possono essere erronei e ad ogni modo son controversi. Ora il principio inconcusso e positivo è quello che forma il ca=

quindi costituiscono un eccezione al principio generale. Ora quando non è chiara l'intenzione del legislatore, l'eccezione non deve ammettersi e quindi il dubbio se la formalità sia voluta dalla legge sotto pena di nullità o no, bisogna risolverlo nel senso favorevole alla libertà di testare, e quindi alla validità del testamento. Invece se noi ci troviamo in presenza di una formalità che senza dubbio la legge vuole sotto pena di nullità, ma il dubbio nasce sul fatto dell'osservanza di questa formalità, se cioè questa formalità voluta dalla legge, sia stata realmente osservata oppur no, allora la quistione cambia aspetto. Come può nascere questo dubbio? Quando la legge vuole menzionato l'adempimento di certe formalità, allora il dubbio non può sorgere: o l'adempimento della formalità è stato mensionato, ed allora deve ritenersi adempiuta, fino a querela di falso o non è stata mensionata, ed allora è come se non fosse adempiuta, perche la legge vuole la menzione sotto pena di nullità. Ma vi sono delle formalità che devono essere adempinte sotto pena di nullità, ma per esse non è necessaria la menzione- Per es: il notaio che deve sentire la dichiarazione di volontà del testatore e poi redirgela in iscritto. La redazione in iscritto della volontà del testatore per cura del notaio è senza dubbio una for-

malità essenziale. Ma supponiamo che il notaio non abbia detto nel testamento che la volontà del defunto fu redatta in iscritto a sua cura però, per varie circostanze di fatto nascere il dubbio se veramente fu il notaio che fece redigere lo scritto o fu un estraneo. In questo caso come si deve risolvere la quistione?

Nel senso della validità del testamento, o nel senso della nullità?

Deve presumersi che quella formalità voluta dalla legge è stata adempiuta o il contrario? Molti risolvono la quistione con criteri erronei. Cioè, alcuni dicono: bisogna partire dal principio che la successione legittima deve prevalere sulla testamentaria e quindi il dubbio va risoluto contro la validità del testamento, a favore della successione legittima.

Noi dicemmo, a suo tempo, che questo criterio è sbagliato, perchè non c'è prevalenza dell'una sull'altra specie di successione; oppure se prevalenza vi ha bisogna darla alla successione testata, in quanto chè si fa luogo alla successione legittima sol quando non vi sia successione testamentaria. Ma la quistione deve risolversi in base ad altri principii inconcussi, e d'ordine positivo, non già in base a principii teorici, che possono essere erronei e ad ogni modo son controversi. Ora il principio inconcusso e positivo è quello che forma il ca=

posaldo del sistema probatorio; ed è che chi vuole esercitare un diritto, deve provarne il fondamento; onde gli eredi testamentari o legatari che vogliono far valere i diritti derivanti dal testamento, devono provare l'esistenza del testamento; la prova dell'esistenza del testamento importa la prova che esso esiste nella forma prescritta dalla legge, importa cioè la prova che il testamento racchiude in sè tutti i requisiti formali per la sua esistenza giuridica e la sua validità.

Quindi, qualora nascano dubbi se sia stata o no osservata una formalità che la legge vuole sotto pena di nullità, se l'erede o il legatario che affaccia delle pretese in base al testamento, non prova che realmente quella formalità fu compiuta, è come se non avesse alcun diritto, perchè chi non prova il fondamento del suo diritto è come se non avesse il diritto stesso. Quindi il dubbio che non sia stata osservata una formalità che la legge richiede sotto pena di nullità, se non è rimosso dall'interessato importa risoluzione della questione in favore della successione legittima; non perchè questa debba prevalere sulla testamentaria, ma perchè in questo caso si applica il principio del sistema probatorio, per cui chi non prova il fondamento del suo diritto non può esercitare il diritto stesso

## § 82 - Applicabilità dell'art. 1348 al testamento

Può accadere che il testamento regolarmente fatto sia per un caso qualunque distrutto: sarà applicabile lo art. 1348 del Codice Civile? In questo articolo si dice che la prova testimoniale è ammessa anche quando occorra un altro scritto, in due circostanze, quando vi sia stata impossibilità (assoluta o relativa, fisica o morale) di procurarsi la prova scritta, oppure quando la prova scritta esistette originariamente, ma poi per un caso fortuito fu distrutta. Ora si domanda: quest'articolo è applicabile anche ai testamenti? Evidentemente in tutto e per tutto no. Infatti non è applicabile nella prima parte in cui si dice che la prova testimoniale è ammessa quando ci fu impossibilità morale o fisica di procurarsi la prova scritta, perchè questa prima parte dell'articolo riguarda l'impossibilità di procurarsi la prova scritta di quegli atti giuridici che richiedono la forma scritta ad probationem tantum, non già ad substantiam; come quando cioè si fa un mutuo, un deposito, ecc. eccedente le lire 500. Per questi atti quando vi è stata impossibilità di procurarsi la prova scritta, si può ammettere la prova testimoniale. Ma se invece si compie

una compra-vendita d'un immobile verbalmente, ancorchè nel momento in cui si compie vi sia impossibilità di redigere la scritta, perchè per es: le parti non sanno scrivere e manca il notaio, siccome l'atto manca di esistenza giuridica, non potrà essere ammessa la prova testimoniale, perchè questa suppone un atto che abbia esistenza giuridica. Ora come quando si tratta di un contratto inesistente per mancanza della forma voluta dalla legge sotto pena di nullità, non è possibile nessuna prova, nemmeno il giuramento, così essendo il testamento un atto per cui occorre la forma scritta *ad substantiam*, non si può mai provare che il testatore si trovava in circostanze tali da non potere scrivere nè chiamare il notaio, per pretendere di provare col mezzo di testimoni quale fu l'ultima volontà del defunto. Perchè che cosa proverebbe la testimonianza? Che il testatore ha manifestato la sua volontà oralmente, ma la volontà con cui si dispone pel tempo in cui sarà morto, se non è espressa in iscritto, non ha efficacia giuridica, è come se non si fosse mai manifestata in nessun modo. Quindi senza dubbio la prima parte di quell'articolo, come non si può applicare agli atti tra vivi che richiedono la forma scritta *ad substantiam*, così non si può applicare ai testamenti, tanto è vero che la legge prevedendo il caso dell'impossibilità di far testamento nelle

forme ordinarie, si è contentata di forme speciali, come il testamento in caso di peste, in viaggio di mare, e in tempo di guerra; ma questi casi li ha contemplati espressamente per evitare i danni che sarebbero derivati dalla impossibilità di provare l'esistenza di una disposizione testamentaria fatta oralmente in quelle contingenze. Invece la seconda parte dell'articolo è applicabile anche al testamento, per la stessa ragione per cui si applica agli atti tra vivi che esigano la forma scritta ad substantiam. Si fa, per es. una scrittura privata per la vendita d'un immobile; questa scrittura per un caso fortuito viene distrutta, oppure si fa un atto pubblico dinanzi un notaio, e poi l'ufficio del notaio presso cui l'atto si trovava viene incendiato. Ora in questi casi si può ricorrere senza dubbio alla prova testimoniale. E se è possibile ciò per gli atti tra vivi che richiedono una forma scritta ad substantiam è possibile anche per i testamenti perchè non c'è nessuna ragione in contrario. Anche pel testamento qualora esso abbia assunto la forma voluta dalla legge, e poi sia andato smarrito o distrutto per caso fortuito, può ammettersi la prova testimoniale; perchè in questo caso non si viene a provare una volontà manifestata irregolarmente, ma si viene a provare che la volontà del testatore fu manifestata secondo le rego=

le poste dalla legge e se il documento scritto non si trova, ciò è perchè fu distrutto da un caso fortuito. Ma naturalmente perchè in questi casi la prova testimoniale sia possibile bisogna provare varie cose. Prima di tutto è da provare che il testamento fu redatto nella forma voluta dalla legge, il che non è tanto facile; se si tratta di un testamento olografo che fu scritto, datato e sottoscritto di mano del testatore; se si tratta di un testamento pubblico che il notaio compì le formalità volute dalla legge, e così pure se si tratta di un testamento segreto. Quando si è provato che esiste un testamento redatto nelle forme di legge, bisogna provare che questo testamento è andato smarrito o distrutto per caso fortuito o per forza maggiore, cioè un fatto che non può imputarsi a colpa di colui che vuole provare la esistenza del testamento, non si può ricorrere alla prova testimoniale. Provati questi estremi è ammissibile la prova testimoniale sul contenuto del testamento. Al caso fortuito o forza maggiore è da equipararsi l'atto doloso dell'erede legittimo o anche di un estraneo che sopprime o distrugge il testamento. Molti dicono che in tal caso spetta solo un'azione di danni contro l'autore della distruzione, ma a noi ciò sembra un errore.

L'art.° 1348 che permette la ricostituzione dell'atto riguarda qualunque caso di perdita o distruzione non imputabile al titolare del diritto, eppe-

rò deve applicarsi anche al caso in cui il testamento sia stato distrutto per malvagità di terzi. D'altra parte come sarebbe possibile chiedere il risarcimento dei danni, se prima non si prova che vi era un testamento valido e che in esso si conteneva una disposizione a favore di chi vuol muovere giudizio pei danni? Si può sempre quindi provare la esistenza del testamento ed il suo contenuto, e competerà la *petitio hereditatis*, salvo inoltre a sperimentare, ove ne sia il caso, l'azione di danni contro l'autore della distruzione, che potrebbe essere anche un estraneo alla successione.

---

## § 83 - La responsabilità del notaio per la nullità del testamento

---

Continuando l'argomento della nullità del testamento per mancanza delle forme volute dalla legge, dobbiamo occuparci, brevemente, della questione intorno alla responsabilità del notaio. Se un testamento è nullo per mancanza di forme volute dalla legge nell'atto di ricevimento, il notaio sarà responsabile dei danni verso la parte che dal testamento avrebbe ricevuto dei vantaggi? La questione è molto vecchia e si faceva anche nel diritto comune. Molti hanno voluto negare la responsabilità del notaio osservando che ove avvenga l'omissione

di una formalità testamentaria, non è solo responsabile il notaio, ma anche il testatore il quale doveva vigilare anch'esso all'adempimento delle formalità di legge, ed in ogni modo è imputabile di *culpa in eligendo*, se ha scelto un notaio ignorante o poco pratico. In secondo luogo non c'è responsabilità del notaio, perchè la responsabilità per danni suppone l'esistenza di un diritto, quindi non c'è responsabilità. Evidentemente queste ragioni sono poco inconcludenti. Prima di tutto non vale l'argomento che anche il testatore è in colpa perchè doveva vigilare alla regolare redazione dell'atto e quindi all'adempimento delle formalità di legge perchè il testatore è di solito ignaro di cose legali, e anche se non sia tale è esente da responsabilità, perchè s'affida a persona che per ragione del suo ufficio dev'essere perito del diritto. Nè si può dire che vi sia una colpa in eligendo, perchè questa colpa molte volte manca, infatti spesso non c'è libertà nella scelta del notaio, come nel caso in cui sia un solo notaio in tutto il paese, e inoltre il notaio è un pubblico ufficiale la cui capacità è garantita dallo Stato, che gli ha concesso l'ufficio. Non sussiste poi l'argomento della mancanza di responsabilità per l'inesistenza del diritto, perchè se il diritto non esiste, è pur vero che sarebbe esistito se il notaio non

avesse commesso l'errore. Basta applicare lo art. 1151 del Codice per ritenere che il notaio è responsabile, ma oltre l'articolo 1151 ci sono delle disposizioni della legge notarile che confermano il principio generale. Prima di tutto il notaio è obbligato a dare cauzione la quale presuppone la responsabilità del notaio nel caso che nel compimento del suo ufficio abbia arrecato dei danni (art. 18 e 22 leg. notarile). E inoltre c'è l'art. 76 della legge notarile che dice che quando il notaio fa un atto nullo, non solo non ha diritto ad onorario, ma se l'ha ricevuto deve restituirlo e risarcire i danni a norma di ragione. Dunque l'obbligo del risarcimento dei danni è un precetto tassativo di legge. Spetterà poi al magistrato giudicare se vi sia in un dato caso colpa del notaio. Se il notaio non ha compiuto una formalità, sulla cui necessità v'è grave dubbio nella dottrina e nella giurisprudenza, evidentemente non c'è colpa; invece se ha violato una prescrizione tassativa di legge c'è colpa inescusabile e quindi sarà tenuto al risarcimento dei danni

## § 84. La conferma di testamento nullo per via di forma

Abbiamo detto che, quando manca una for-

malità voluta dalla legge sotto pena di nullità, c'è nullità dell'intero testamento; ma c'è una disposizione del nostro codice da cui si rileva che la ratifica o l'esecuzione volontaria di una disposizione testamentaria o d'una donazione fatta dopo la morte del donante o del testatore importa convalidazione della donazione o del testamento (art 1311). Il principio generale è che quando un atto manca della forma voluta ad substantiam è insanabile e perchè abbia efficacia bisogna ripeterla (art. 1310). L'articolo 1311 invece vi apporta una deroga che è inconciliabile col principio enumerato nell'art. 1310. Infatti mentre per l'articolo 1310 un testamento nullo per mancanza di forma non potrebbe essere convalidato per ratifica espressa o tacita, o esecuzione volontaria, invece per l'art. 1311 può essere convalidato. La legge soltanto vuole che questa ratifica o esecuzione volontaria sia fatta dagli eredi o altri interessati in contrario e che sia fatto dopo la morte del testatore o donante; ma, avverandosi questa condizione, la ratifica o l'esecuzione volontaria di un testamento anche nullo per vizio di forma importa la convalidazione del testamento. Ma non vogliamo indugiarci ad esporre i vari tentativi di conciliazione proposti in-

torno a questi due articoli; secondo noi, tutti i tentativi sono vani essendo gli articoli logicamente inconciliabili; perchè dal momento che il Legislatore ha proclamato il principio che l'atto mancante di forma solenne è inesistente e quindi non ammette sanatoria; un'eccezione a questo principio non si può spiegare che con ragioni d'ordine pratico e d'ordine storico, non già con ragioni d'ordine logico. Infatti siccome il testamento e la donazione sono rivestiti di formalità specialissime, complicate rigorose, introdotte dalla legge a garenzia degli eredi legittimi, più che del testatore o del donante stesso, in quanto che il legislatore intese favorire i diritti degli eredi del sangue e fare rimanere i beni nella famiglia, così il legislatore stesso ha permesso che le persone, a favore delle quali quelle garenzie si trovavano poste, vi potessero rinunziare. Questo è, secondo noi, la spiegazione plausibile di ordine pratico però, non logico. Ad ogni modo ciò ch'è necessario è esaminare come e quando la ratifica e l'esecuzione volontaria possa sanare il vizio di forma del testamento, ed anzitutto è da vedere se questa sanatoria sia possibile anche nel caso che il testamento sia fatto oralmente, oppure solo nel caso che il testamento, pur

risultando da una forma scritta, manchi di una formalità speciale. Poniamo un testamento olografo in cui manchi la data, o sia incompleta; poniamo un testamento pubblico ricevuto dal notaio in cui manchi una formalità voluta dalla legge, per es: la menzione della dichiarazione fatta dal testatore perchè non ha potuto sottoscrivere; poniamo che vi sia un testamento segreto in cui mancano i sigilli, oppure siano stati posti in modo che il testamento possa aprirsi, senza la rottura o l'alterazione di essi. In questi casi, mancando una formalità speciale del testamento olografo o del testamento pubblico o del testamento segreto, senza dubbio la ratifica o l'esecuzione volontaria fatta da colui che abbia interesse in contrario, sana il vizio di forma. Ma supponiamo che una persona non abbia fatto testamento olografo, nè pubblico, nè segreto, ma abbia fatto un testamento orale o nuncupativo: se l'erede legittimo ha eseguito spontaneamente le disposizioni testamentarie fatte oralmente, che valore ha questa esecuzione? Deve essa considerarsi come una conferma o come un atto di spontanea liberalità compiuta dall'erede. Se è mera ratifica, il beneficato sarà successore del testatore, se non vale

come ratifica, il beneficato sarà un successore dell'erede legittimo, un donatario. Se è una ratifica, l'erede legittimo può farla in qualunque modo, anche oralmente, anche per *facta concludentia*, se invece non può considerarsi come una ratifica, ma deve considerarsi come una liberalità compiuta dall'erede legittimo, dovrà rivestire la forma solenne della donazione per essere valida. Quindi se non vale come ratifica, l'erede legittimo nonostante l'esecuzione volontaria, può ripetere le cose date in esecuzione della disposizione testamentaria nulla per mancanza di forma, con l'azione di ripetizione d'indebito, se invece equivale a ratifica non può esercitare l'azione di ripetizione. Ecco l'importanza della quistione. Ora vi sono alcuni, i quali affermano che l'articolo 1311 è generale e comprende anche l'ipotesi della mancanza assoluta di qualsiasi forma; di modo che anche il testamento nuncupativo può essere convalidato dalla ratifica o esecuzione volontaria; io seguo invece l'opinione contraria, che mi sembra più logica. La stessa ragione storica dell'articolo ci dimostra che qui la legge si vuole riferire alle formalità speciali del testamento e della donazione, ma non intende prescindere dal

dal concetto stesso della donazione o del testamento. Se il testamento per la stessa definizione del codice è un atto solenne, che non si può concepire se non come atto scritto, evidentemente che quando alcuno esegua le disposizioni del defunto date oralmente, farà un'opera buona, adempirà un obbligo morale, ma non farà un atto giuridico; perchè l'adempimento di un obbligo morale possa produrre effetti giuridici, è necessario che rivesta la forma di atto di liberalità per se stante. Insomma ciò che la legge concede di poter ratificare sono, come si esprime lo stesso articolo 1311 i <u>vizi</u> di forma; dunque si presuppone una forma sebbene viziosa: altro è mancanza, altro è vizio di forma. E ciò risulta anche da un altro argomento. Poniamo che ci sia una donazione d'un immobile fatta verbalmente. Ammettendo la teoria che possa anche in questo caso aversi ratifica, avremo l'assurdo che, mentre la vendita di un immobile non sarebbe capace di ratifica, perchè mancante della forma sostanziale, anche dopo la morte del venditore e del compratore, invece la donazione d'un immobile che è un atto più importante, che la legge ha circondato di formalità più rigorose, potrebbe essere con-

validità anche se fatta oralmente. Quindi dob=
biamo dire che la legge ha voluto mitigare il
rigore dell'articolo 1310 solo per le forme specia=
li della donazione e del testamento, non già per
quelle forme senza di cui la donazione e il te=
stamento non sono concepibili. Ora se non è con=
cepibile il testamento fatto oralmente perchè non
corrisponde al concetto della legge, sia logico che
storico, evidentemente l'esecuzione volontaria
del testamento nuncupativo non è una vera
ratifica, ma deve rivestire la forma di un nuo=
vo atto di liberalità per avere efficacia giuridi=
ca. In secondo luogo, quando la ratifica è pos=
sibile resta a vedere che cosa essa valga a sa=
nare, se l'intero testamento o la singola di=
sposizione testamentaria ratificata, o volon=
tariamente eseguita. Noi crediamo che in ca=
so di ratifica parziale o parziale esecuzione,
venga sanata solo la singola disposizione te=
stamentaria, non già l'intero testamento. La
ratifica equivale a rinunzia ad opporre la
nullità; ora ogni rinunzia deve avere effica=
cia nei limiti della volontà di chi la com=
pie, non oltre; perciò nella parte non ratifica=
ta il testamento resterà nullo. Non vale in
contrario osservare che la forma costituisce
qualcosa d'inscindibile; sicchè o il testamen=
to è nullo per intero, se manca la forma, o
è valido per intero, se questa forma esiste; ..=

na nullità o validità parziale non si concepisce. Poichè ciò è vero, quando si tratta di esistenza oggettiva della forma; ma nel caso dell'articolo 1311; non è già che il testamento privo della forma solenne voluta dalla legge, la venga a ricevere per virtù della ratifica; no, esso resta sempre realmente sfornito di quella forma, e la ratifica non vale ad altro che ad attribuirgli quell'efficacia che esso non potrebbe avere, in quanto costituisce, come dice la legge, rinunzia ad opporre i vizî di forma. Dunque della sua efficacia deve giudicarsi non come se avesse ricevuto la forma mancante, ma nei limiti in cui si volle rinunziare ai vizii della forma, cioè in tutto o in parte.

---

## § 85 - Le forme necessarie per l'esecuzione del testamento olografo e del testamento segreto. -

Dopo aver parlato delle forme necessarie per l'esistenza e la validità dei testamenti, bisogna dire brevemente delle forme necessarie per l'esecutorietà dei testamenti stessi. Il testamento pubblico, una volta che sia perfetto è per se stesso esecutivo; basta che il testatore sia morto perchè l'erede o il legatario risultante dal testamento possa far valere il suo diritto, non

c'è bisogno di compiere nessuna formalità speciale, non c'è bisogno di far riconoscere questo testamento dagl'interessati in contrario. Invece non è così per il testamento segreto e per il testamento olografo. Il testamento olografo non ha carattere di autenticità, non fornisce alcuna certezza che quella carta che si presenta come testamento olografo sia stata scritta dal testatore. Lo stesso avviene per il testamento segreto. Il testamento segreto è un testamento per atto di notaio, ma il notaio non può sapere se realmente nella scheda segreta si contenga la volontà del testatore. Inoltre è possibile sempre una sostituzione con l'alterazione dei suggelli. Quindi prima di dare esecuzione a questi testamenti, la legge impone l'adempimento di alcune formalità, per assicurare in via preventiva che essi abbiano almeno quei caratteri estrinseci da cui si possa desumere la loro esistenza giuridica e la loro validità. Perciò la legge negli art. 912, 913, 914 e 915, esige l'adempimento di alcune formalità speciali. Anzitutto il testamento olografo deve essere depositato presso un notaio; il deposito deve avvenire alla presenza del pretore del luogo in cui si è aperta la successione e di due testimoni. Il pretore e il notaio devono essere presenti all'apertura del testamento, se chiuso, se è aperto, devono aprirlo, ed in ogni ca-

so debbono accertarsi se lo scritto abbia tutti i caratteri del testamento olografo, se cioè è scritto, datato e sottoscritto da unica mano; se il testamento è mancante di una di queste formalità non si deve procedere all'atto di deposito. Ciò fatto, la carta in cui si contiene il testamento sarà vidimato in calce di ciascun mezzo foglio, dal pretore, dal notaio e da due testimoni. Poi si procederà alla descrizione del testamento nell'atto chiamato atto di deposito, in cui si descrive lo stato del testamento (indicazione dei fogli di carta, dell'inchiostro adoperato ecc) si trascriverà il contenuto di questo e si farà menzione delle operazioni compiute. Quest'atto di deposito sarà sottoscritto dal pretore, dal notaio, dai testimoni e anche da colui che ha chiesto il deposito. Compiuta questa formalità, il testamento olografo avrà la sua esecuzione. però non solo l'autorità giudiziaria presso cui il testamento venisse compiuto, ma lo stesso pretore nell'atto di deposito potrà ordinare dei provvedimenti conservativi a tutela degl'interessati. Se poi si tratta di testamento segreto, anche per esso c'è bisogno del pretore che insieme col notaio presso il quale è stato depositato il testamento segreto, procede alla sua apertura e alla pubblicazione. Questi atti debbono compiersi alla presenza di testimoni i quali deb-

no possibilmente essere gli stessi che hanno assistito all'atto di ricevimento del testamento segreto; e solo in mancanza si chiamano due altri testimoni. I testimoni, oltre il compito solito di assistere passivamente all'atto, hanno quello speciale di riconoscere lo stato della scheda testamentaria, e, se è possibile, la sottoscrizione. La scheda testamentaria sarà vidimata in calce di ciascun mezzo foglio dal pretore dal notaio e da due testimoni. Infine di tutte le operazioni si stenderà processo verbale nella forma degli atti pubblici. Dobbiamo ora occuparci di una grave questione che si fa a proposito dell'apertura del testamento.

Si discute vivamente se sia valida la disposizione del testatore, con cui si ordini che la scheda testamentaria quella cioè che contiene le sue ultime volontà non si debba aprire che dopo un dato termine, o al verificarsi di un dato evento.

V'ha chi ritiene valida una tale disposizione, in modo che l'apertura del testamento non potrebbe aver luogo subito dopo la morte, ma solo al tempo stabilito dal testatore. V'ha chi la ritiene nulla, ma i fautori della nullità si dividono fra loro; alcuni fanno cadere solo siffatta disposizione e riconoscono valore immediato al testamento, altri ritengono che venga meno anche l'atto testamentario.

Per noi non si può seriamente dubitare che la detta clausola sia nulla. Le regole relative al momento e alle prove dell'apertura e della pubblicazione del testamento sono da ritenersi sottratte all'autonomia dei privati, perchè concernono i diritti dei terzi e devono quindi riguardarsi come norme di ordine pubblico. Infatti negli art.i 912 e 915 è detto che si procede all'apertura *sull'istanza di chiunque crede avervi interesse*: or come potrebbe il testatore frustare col suo divieto un diritto che viene dalla legge concesso non solo agli eredi, ma a qualunque terzo interessato, non esclusi i creditori dell'erede?

Per la nullità della clausola in parola non può, secondo noi, trar seco quella del testamento. Si è detto che il principio dello art. 849 per cui le condizioni illegali *pro non scriptis habentur* è nella specie inesplicabile, perchè non trattasi di condizioni che si riferiscono al contenuto del testamento, ma solo alla sua esecuzione.

Ma se si vuole ammettere una sì sottile distinzione bisogna separare completamente il contenuto della scheda testamentaria da quello della scheda in cui altro non si dice che il testamento dovrà aprirsi dopo un certo tempo, o al verificarsi di determinati eventi

Or dato il contenuto di simile disposizione, ne segue ch'essa non ha valore di atto testamentario per sè stante, non avendo per obbietto alcuna attribuzione patrimoniale, e la sua nullità non può pertanto influire sul vero testamento, che ha vita del tutto indipendente, e autonoma

## Contenuto del testamento

### § 86. Istituzione di erede e legato

Finora abbiamo parlato del testamento per se stesso considerato, prescindendo dal contenuto.

Ora dobbiamo studiare il contenuto del testamento. I testamenti possono contenere delle disposizioni tanto a titolo universale, quanto a titolo particolare. Come già dicemmo, il testamento, secondo il cod. civ. italiano, non è necessario che contenga l'istituzione di erede, come si era richiesto per diritto romano, cosicchè oggi, anche mancando l'istituzione di erede, il testamento è valido ed efficace. Quindi un testamento può contenere istituzione di eredi e legati, o solo istituzione di erede, o anche

legati soltanto. Perchè si faccia validamente un'istituzione di erede oppure un legato, la legge non prescrive nessuna formola sacramentale; si può adoperare qualunque denominazione, purchè valga a manifestare la volontà del testatore. L'art 827 dice: "Le disposizioni testamentarie si possono fare a titolo di istituzione di erede o di legato, o sotto qualsiasi altra denominazione atta a manifestare la volontà del testatore". Ma ciò posto, sorge spontanea la domanda: qual'è il criterio per distinguere l'erede dal legatario? La quistione è importante a risolversi per gli effetti pratici che ne derivano, perchè l'erede deve pagare i debiti ereditari intra vires se ha accettato col beneficio d'inventario, ultra vires se non ha accettato col beneficio d'inventario; mentre il legatario non è obbligato a pagare i debiti ereditari, se non eccezionalmente in determinate circostanze, come quando si tratta di debiti espressamente impostigli dal testatore, oppure quando si tratta di oneri reali, ovvero quando la natura del suo legato è tale che per legge si è obbligati al pagamento, come nel caso del legato di una quota in usufrutto, nel quale il legatario gl'interessi dei debiti gravanti sul patrimonio e sulla quota nei limiti di questa (articolo 509).

Pel diritto romano il criterio di distinzione era dato dalla denominazione adoperata nel testamento. Se uno nel testamento aveva il titolo di erede, era erede, se non l'aveva era legatario, e perciò nel diritto romano ci sono due figure sconosciute al diritto nostro, cioè lo herest e re certa, ed il legatum partitionum, cioè l'erede istituito in una cosa singola, ed il legato di una quota. Il nostro codice invece ha seguito un altro criterio, quello indicato all'art. 760 "Le disposizioni testamentarie che comprendono l'universalità ed una quota di beni del testatore, sono a titolo universale ed attribuiscono la qualità di erede. Le altre disposizioni sono a titolo particolare ed attribuiscono la qualità di legatario". Dunque pel nostro codice non si guarda più il titolo dato al testatore, ma alla natura dell'oggetto della disposizione testamentaria: se l'attribuzione patrimoniale fatta dal testatore ha per oggetto una universalità di diritto, cioè tutto il patrimonio o una quota parte di esso, si ha istituzione di erede; ogni altra disposizione invece che importi attribuzione di beni determinati o un complesso di beni, che non formano una quota parte del patrimonio, importa legato; è disposizione a titolo particolare. Cosicchè il criterio del codice è obbiettivo, desunto non già dalle parole adoperate nel testamento.

dall'intenzione del testatore, ma dal fatto concreto. Quindi anche se il testatore abbia chiamato erede quello a cui ha lasciato un fondo determinato, questi non sarà erede, bensì legatario; e viceversa se il testatore abbia chiamato legatario uno a cui ha attribuito tutto il patrimonio o una quota parte costui non sarà legatario, ma erede. Ma che si deve intendere per quota parte di beni? Bisogna intendere una quota astratta, una frazione aritmetica, come 1/2, 1/3, 1/5, 1/20 ecc del patrimonio. Quindi colui al quale è attribuita, sia pure che centesima parte di un patrimonio, sarà erede, come colui che ha diritto a tutto il patrimonio, perchè 1/100 è una quota parte, una frazione aritmetica del patrimonio. Invece se il testatore non lascia già una quota astratta, ma una parte materiale dei suoi beni, cioè beni singoli, o anche un complesso materiale, chi vi ha diritto è legatario, e non già erede. Quindi possiamo avere la conseguenza che colui che riceve una minima quota del patrimonio, di poco o nessun valore sia da considerarsi erede, ed invece chi ha una parte di beni determinato, specificatamente, ancorchè di grandissimo valore; sarà legatario. Colui che ha avuto una minima quota sarà erede e quindi responsabile dei debiti ereditari; mentre colui che ha

avuto dei beni di gran valore, purchè determinati, sarà legatario e non sarà responsabile dei debiti. Su ciò non c'è dubbio. Il dubbio nasce quando alcuno lascia non una quota parte di tutto il patrimonio, ma una quota parte dei beni immobili o dei beni mobili. Si avrà in questo caso istituzione di erede o di legato? Secondo gli autori francesi e molti italiani che le hanno seguiti, si avrebbe istituzione di erede, perchè la disposizione ha per oggetto una quota parte di beni, la metà poniamo dei mobili o degl'immobili. Eppure non è così. La legge dice che conferisce la qualità di erede l'attribuzione o della universalità di un patrimonio o di una quota parte di esso. Ora il patrimonio è composto tanto di beni mobili che di immobili, tanto di debiti che di crediti, è un universum ius; cosicchè quando si lascia ad alcuno tutti i beni mobili o tutti i beni immobili, o una quota parte di beni mobili, o una quota parte di beni immobili non si lascia tutto il patrimonio, o una quota parte del patrimonio, ma si lasciano complessi di cose che sono parte materiale non già quota astratta di esso. E che questa opinione sia vera, risulta anche dal confronto del nostro codice, col codice francese, il quale non co-

nosce erede testamentario, ma il legatario a titolo universale e il legatario a titolo particolare.

I legatari a titolo universale non sono altro che gli eredi testamentari del nostro codice, mentre i legatari a titolo particolare non sono altri che i nostri legatarî. Ora il codice francese come distingue i legatari a titolo universale dai legatarî a titolo particolare? Il codice francese (art 1010) dice che una disposizione è a titolo universale, e quindi conferisce la qualità di legatario a titolo universale quando importa attribuzione di una quota parte del patrimonio, o di tutti i beni mobili, o di tutti gl'immobili, o di una quota parte dei beni mobili, o di una quota parte di beni immobili. E così equipara alla quota del patrimonio il complesso dei beni mobili o degl'immobili o una quota di questi. Il nostro codice invece dichiara che è disposizione a titolo universale solo quella che attribuisce tutto il patrimonio o una quota parte di esso, e non riproduce le altre parole del codice francese riguardanti l'attribuzione di tutti i beni mobili o immobili o di una quota di questi. La ragione della differenza tra i due codici si può trovare in ciò che il legislatore napoleonico seguì le

consuetudini francesi arricchè il diritto romano. Pel diritto romano l'eredità era unica, pel diritto consuetudinario francese invece le eredità erano tante quanto le specie dei beni, quindi si concepì un'eredità di soli mobili e l'eredità di soli immobili, l'eredità che comprendeva beni proprî cioè i beni aviti, e l'eredità che comprendeva i beni acquisiti, cioè acquistati dal defunto, ecc. onde il legislatore francese, per essere coerente a questi principii di diritto consuetudinario, doveva dire che disposizione a titolo universale è non solo quella che conferisce tutto il patrimonio o una quota di esso, ma anche quello che conferisce o tutti i beni mobili o tutti gli immobili, o una parte dei beni mobili, o una parte dei beni immobili. Il nostro legislatore invece ha preferito seguire il diritto romano, che si basava sul principio dell'unità dell'eredità, e quindi ha creduto logico non riprodurre quella parte dell'articolo 1010 del codice francese, in cui si dice che si ha disposizione a titolo universale anche quando si attribuiscono gli immobili o tutti i mobili, una quota d'immobili o una quota di mobili di un patrimonio. Dunque pel nostro codice è erede soltanto che ha diritto su tutto il patrimonio o una quota parte di esso, mentre chi ha diritto a tutti i beni immobili o a tutti i beni mobili, o ad una quota d'immobili o ad una quota di mobili, non

è erede ma legatario. Inoltre perchè si abbia isti=
tuzione d'erede, non basta che vi sia l'attribu=
zione di una quota, ma è necessario che la quo=
ta sia data in proprietà, poichè come abbiamo
visto, l'attribuzione di una quota in usufrutto
non può conferire che la qualità di legatario. Pe=
rò sebbene per esservi istituzione d'eredi sia neces=
saria una disposizione, la quale attribuisca tut=
to il patrimonio o una quota parte di esso in pro=
prietà, purnondimeno non bisogna credere che il
testatore debba adoperare sempre le parole: la=
scio a Tizio l'universalità dei miei beni o la
4ª la 5ª parte del mio patrimonio. Può avveni=
re che il testatore designi tutti i beni che vuo=
le lasciare a una persona: "lascio a Tizio il
mio fondo B, il mio credito verso Caio, i beni
immobili, il denaro che si trova nel mio casset=
to". A prima vista parrebbe che qui fossimo in
presenza di un legato, in quanto che a Tizio so=
no attribuiti dei beni tassativamente designa=
ti; ma se in fatto l'eredità lasciata a Tizio con=
siste unicamente in quei dati cespiti, in quei
dati fondi, in quei dati crediti, in quel denaro
ecc; evidentemente sebbene il testatore si sia espres=
so in maniera, dirò così, analitica, purnondime=
no colui che ha diritto a questi beni, è un vero
e proprio erede, perchè essi costituiscono tutto il
patrimonio del defunto. La legge quando dice
che è erede chi ha diritto ad avere tutto il pa=

trimonio o una quota parte di esso, non intende dire che è erede colui che nel testamento è chiamato successore in universorum ius, ma colui che in forza della vocazione testamentaria realmente sia tale. Insomma non deve farsi quistione di parola, ma di sostanza. Perchè la volontà del testatore abbia efficacia, qualunque sia la disposizione testamentaria deve manifestarsi in modo positivo, imperativo in forma di ingiunzione, non già in forma di preghiera, di semplice consiglio o di semplice raccomandazione. Se il testatore dice: "raccomando ai miei figli di spendere la tale somma per celebrare delle messe" oppure: "raccomando ai miei figli di beneficare quel dato povero" in questi casi non c'è disposizione testamentaria. Però non bisogna attenersi alle parole del testatore meccanicamente, ma bisogna indagare il contenuto; se anche il testatore raccomanda, consiglia, suggerisce, e invece di dire: voglio, usa parole piene di cortesia, ma che dal contesto risultano esprimere la sua energica volontà, le disposizioni avranno egualmente valore ed efficacia giuridica. Noi abbiamo detto che il testamento può contenere l'istituzione di erede e può non contenerla. Supponiamo il caso che il testatore abbia esaurito tutto l'asse ereditario in legati, chi sarà responsabile dei debiti ereditarî? Il diritto romano per provvede-

re agl'interessi dei creditori esige sempre la i=
stituzione di erede, giacchè l'erede succedendo
nell' *universum ius defuncti* è respon=
sabile dei debiti. Invece per diritto nostro, poichè
l'erede può non esserci, e il patrimonio può es=
sere diviso e suddiviso in tanti legati, potrebbe
mancare chi sia responsabile dei debiti. E al=
lora quale rimedio c'è? Alcuni pensano che
in questo caso si possa dai creditori esercitare
l'azione Pauliana contro i legatarî, perchè
il testatore, pur sapendo di avere dei debiti, ha
fatto un testamento tale da distruggere la ga=
renzia dei creditori. Se egli infatti avesse isti=
tuito un erede, costui sarebbe stato responsa=
bile, invece avendo diviso tutto il patrimonio
suo fra i legatarî, i quali per legge non ri=
spondono dei debiti ereditarî, ha distrutto le
garenzie dei creditori. Ma invero l'applica=
zione dell'azione Pauliana appare un pò
forzata in questo caso, essendo stata introdot=
ta per gli atti tra vivi, ed in ogni modo non
ne sarebbe sempre utile lo sperimento, perchè
i creditori sarebbero tenuti a provare la frau
nel testatore, la quale può facilmente man=
care. Quindi si è pensato da altri giuristi e
giustamente ad un rimedio più efficace, qua=
le la separazione dei patrimonî. E' vero che
il nostro codice, pare che si riferisca all'esi=
stenza dell'erede, in quanto parla negli art=

2054 e seg. della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; onde parrebbe che i creditori abbiano diritto alla separazione solo quando ci sia l'erede, oberato di debiti personali. Ma sebbene la legge parla di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, pur nondimeno ammette in un articolo la possibilità di esercitare il diritto della separazione del patrimonio, non solo quando vi sia l'erede, ma anche quando vi siano semplici legatarî. Quest'articolo non si trova sotto il titolo "Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede„ ma sotto la rubrica: del pagamento dei debiti ereditarî. L'art. 1033 dice: "il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditarî, salvo però ai creditori l'azione ipotecaria sul fondo legato e salvo altresì il diritto di separazione„. Quindi da questo articolo emerge chiaramente come il beneficio della separazione non si abbia soltanto contro l'erede, e quindi solo nel caso che l'erede vi sia, ma anche contro i legatarî. Ciò è conseguenza naturale del cambiamento del sistema con cui si effettua la separazione dei patrimoni, la quale non è più come era nel diritto romano, una vera e propria separazione di tutto il patrimonio ossia dell'universalità dei beni del defunto, ma per il

nostro codice s'effettua rispetto ai singoli beni, anche se ci sia lo erede. Se si tratta di immobili la separazione si compie coll'iscrivere ipoteca su ciascuno di essi. Quindi la separazione avverrà solo rispetto a quegl'immobili su cui l'ipoteca è iscritta, non per gli altri; se si tratta di mobili, si deve fare domanda al magistrato perchè proceda al sequestro conservativo dei mobili. Ora avvenuto siffatto mutamento nel modo come si attua la separazione, era giusto che anche quando il patrimonio del defunto non costituisse una universalità attribuita all'erede, ma fosse scisso nei singoli beni attribuiti ai legatarî, la separazione potesse esercitarsi anche contro i singoli legatarî, mentre nel diritto romano ciò non poteva seguire, perchè la separazione aveva per obbietto tutto il patrimonio il quale spettava allo erede e non al legatario. Ecco in qual modo, anche quando il testatore esaurisca l'asse ereditario in legati, e non vi sia pertanto l'erede responsabile dei debiti ereditari viene garentito il diritto dei creditori. I creditori possono nel termine di tre mesi prendere sui beni attribuiti al legatario un'iscrizione a titolo di separazione e ottengono così una garenzia reale per la soddisfazione dei loro crediti intra vires heredi-

tatis.

## A) Condizioni per la validità delle disposizioni testamentarie.

### § 87 - Vizii del consenso - Errore

Nelle condizioni per la validità delle disposizioni testamentarie (sia a titolo universale che a titolo particolare) alcune riguardano il testatore, altre riguardano la persona beneficata, od onorata, ossia l'erede o il legatario. Occupiamoci prima delle condizioni che riguardano la persona del testatore. Perchè una disposizione testamentaria qualsiasi sia valida è necessario (oltre la capacità del testatore, dalla quale dipende l'efficacia di tutto il testamento) che il testatore nel farla non sia stato in errore, non sia stato vittima di violenza o di dolo. Quindi solo quando mancano questi vizi della volontà la disposizione testamentaria, come ogni dichiarazione di volontà in genere, è valida.

Occupiamoci prima dell'errore.

L'errore può essere di fatto e di diritto. L'errore di fatto in una disposizione testamentaria può cadere o sulla persona beneficata o sulla cosa. Cade sulla persona beneficata

quando il testatore indica nel testamento una persona diversa da quella che voleva beneficare: voleva beneficare Tizio e invece fa un legato a favore di Caio, voleva beneficare Mevio e invece istituisce erede Sempronio; cade sulla cosa quando si indica una cosa invece di un'altra che si voleva lasciare. La disposizione in questi casi è valida o nulla? Qui si tratta di applicare i principî generali; quando alcuno erra sulla idendità di una persona o sull'identità della cosa; quando cioè si ha il cosidetto error in persona o error in corpore, l'errore cioè derivante da equivoco, da malinteso, da uno scambio di parole, la disposizione non si può dire nè sempre nulla, nè sempre valida. La disposizione è nulla solo quando, dimostrato l'errore, non si può rettificare; invece la disposizione è valida se si può rettificare, come anche, quando l'errore cade semplicemente sul nome "falsa demonstratio non nocet,,

L'errore si può rettificare quando dal contesto del testamento o da altri documenti o fatti costanti risulta quale persona o quale cosa il testatore ha inteso indicare - (art. 836) - Se invece l'errore non si possa correggere, la disposizione testamentaria è nulla. E questo, si noti, non è una specialità dei

testamenti, ma è principio generale di diritto che quando vi sia discordanza tra la volontà e la manifestazione di essa, cioè quando ci sia quell'errore che si dice ostativo, la manifestazione di volontà non ha efficacia giuridica, tranne che l'errore non sia correggibile. In altre parole la legge fa prevalere la volontà interna, bisogna quindi che la volontà risulti in un modo qualunque e poco importa se il modo di manifestarla sia errato; ma quando la volontà reale non risulti in nessun modo, ma risulti solo l'esistenza dell'errore nel manifestarla, la disposizione è nulla. L'errore può cadere non solo sulla persona o sulla cosa, ma anche, come dice la legge impropriamente, sulla causa della disposizione, ossia sui motivi che han determinato la volontà del testatore. Come può avvenire questo? Principio generale è che l'errore sui motivi non nuoce alla validità di un atto. Però questo principio in termini così assoluti è inesatto; l'errore sui motivi non vizia la volontà quando si tratta di motivi rimasti allo stato interno, psicologico perchè la volontà si può determinare per varî motivi, ed il motivo non è il fattore necessario alla determinazione della volontà; ma se questi motivi siano entrati a far parte, come dicono i giuristi moderni, del contenuto del negozio giuridico, cioè

siano stati voluti dal testatore, oppure in generale da chi fa la dichiarazione di volontà, come elemento essenziale alla validità del negozio giuridico, come parte integrante di esso, allora anche l'errore sul motivo vizia la volontà. Dunque tutto sta nel vedere se si tratta di un motivo indifferente, di un motivo tale che se, anche fosse mancato, il testatore avrebbe fatto la stessa dichiarazione di volontà; oppure di un motivo, il quale secondo il testatore, doveva essere la conditio sine qua non della disposizione testamentaria. Questo è il principio generale per tutti i negozi giuridici. Ma la legge è stata più rigorosa per i testamenti: non basta che si possa provare che il motivo per cui il testatore ha fatto quella data disposizione testamentaria sia quello voluto da lui come essenziale, ma è necessario inoltre che sia il motivo *unico* della disposizione di volontà, e che sia espresso nel testamento (art 828).

Facciamo un esempio: A lascia la sua eredità a Tizio, perchè Tizio gli salvò la vita in occasione del disastro di Messina. Supponiamo che si provi che Tizio non fu realmente il salvatore: in questo caso la disposizione è nulla, perchè la causa o il motivo unico della liberalità fu la

gratitudine verso Tizio che A credeva suo salvatore. Inoltre questo motivo deve essere espresso, perchè la disposizione sia invalida

---

## § 88 - Che s'intende per causa nelle disposizioni testamentarie.

---

A proposito dell'art. 828 sono nate varie quistioni per la parola causa adoperata dalla legge. Che vuol dire il legislatore per causa? Noi l'abbiamo interpetrata come motivo, cioè la ragione psicologica che ha indotto il testatore a fare un atto di disposizione, però causa nel linguaggio giuridico, ha diverso significato. Quindi una prima quistione: il legislatore quando parla di causa nelle disposizioni testamentarie, intende parlare di causa in senso tecnico, cioè nello stesso senso con cui parla di causa nei contratti, e se ne parla, in tale senso sono applicabili alla causa degli atti a titolo gratuito gli stessi principii che sono applicabili agli atti contrattuali onerosi? Perchè, se il legislatore ha usato la parola causa nel senso tecnico, cioè come ragione giuridico-economica della disposizione, e non già come semplice motivo psicologico, bisogna dire che le disposizioni testamentarie fatte per cau-

sa falsa, per causa illecita, siano disposizioni
nulle, sebbene il codice taccia, perchè per prin=
cipio generale contenuto nell'art. 1119 non solo
la causa erronea produce la nullità del ne=
gozio giuridico, ma anche la causa simulata,
anche la causa illecita. Ora che avverrà se
il testatore enunci un motivo falso per sue
vedute speciali, come se dica: "lascio a Ti=
zio £ 10000 perchè egli me li ha prestato," il
che non è vero, cioè nasconde la causa ve=
ra della liberalità, sotto la causa apparen=
te di restituzione, oppure Tizio lascia a Sem=
pronia l'eredità o alcuni dei suoi beni, per=
chè essa si è prestata a servirlo come stru=
mento di piacere, cioè per un motivo costi=
tuito da fatti in sè illeciti. Saranno queste
disposizioni nulle o valide? Noi crediamo
che il legislatore qui ha usato la parola
causa in un senso tutto diverso in cui l'ha
inteso adoperare rispetto ai contratti in gene=
re. La causa come elemento essenziale del
negozio giuridico si deve distinguere esatta=
mente da motivo, la causa di tutti i nego=
zii giuridici non è altro che lo scopo pratico
immediato del negozio giuridico stesso, scopo
pratico che la legge intende tutelare, o in al=
tre parole la causa di tutti i negozii giuri=
dici è la ragione economico giuridica di es=
si. Quindi ammettendo questo concetto genera=

te, ne segue che in tutti gli atti a titolo gratuito la causa è sempre unica e costante, l'animus donandi, lo scopo di fare una liberalità; lo scopo pratico della donazione e della liberalità testamentaria è la volontà di attribuire un diritto patrimoniale senza corrispettivo alcuno. Ora quando la legge parla di causa ne' contratti come elemento essenziale e quindi parla di nullità del negozio giuridico per mancanza di causa, per falsità di causa, per illeceità di causa intende riferirsi a quell'elemento che deve trovarsi in tutti i negozî giuridici, a quell'elemento fisso, costante, invariabile per ogni tipo di negozio giuridico. Invece il motivo non è altro che la rappresentazione psichica che ha mosso una persona a fare un negozio giuridico e che è diverso e variabile e molteplice secondo i casi per uno stesso negozio giuridico. Così nella donazione la causa giuridica è la volontà di donare; ma pur persistendo fisso quest'elemento, la donazione si può fare per tante ragioni, per rispetto verso una persona, per gratitudine, per soddisfare un debito d'onore, per rimunerare un servizio, cioè per motivi disparati. Così anche la vendita, la quale ha una causa unica e costante in tutti i casi cioè lo scambio di una cosa con una somma di danaro, può essere determinata da varî motivi; dal

motivo che il venditore ha bisogno di liquidare il suo patrimonio, o perchè ha bisogno di denaro per consumarlo al giuoco, o per soddisfare dei debiti o per spenderlo in stravizi etc. Tutti questi motivi sono motivi che non alterano per nulla la causa la quale resta sempre la stessa. Quindi ne segue che c'è vendita tutte le volte che c'è la causa di vendita, cioè lo scambio della cosa col prezzo, ancorchè il motivo sia falso, erroneo o illecito. Ecco dunque che, distinguendo esattamente causa da motivo, noi troviamo che i principii intorno alla causa non si possono applicare ai motivi. Ora che ha inteso la legge all'articolo 828? Ha parlato di causa nel senso tecnico? No, ne ha parlato nel senso di motivo; infatti si parla di causa che dev'essere essa la sola a determinare e che quindi poteva non essere la sola; dunque si tratta di motivo, e non di causa nel senso tecnico, che per se stessa è sempre unica. Quindi i principii della causa non sono applicabili se una disposizione testamentaria è fatta per un motivo illecito o falso onde consegue che anche se la disposizione testamentaria sia fatta per un motivo illecito, nonostante che questo sia espresso non è nulla. Però nella giurisprudenza tanto francese che italiana si segue l'opinione contraria. Ma a torto, perchè la giurisprudenza francese e l'italiana partono dal principio

che mentre deve ammettersi una distinzione
tra causa e motivo per gli atti a titolo oneroso,
non deve ammettersi divisione alcuna tra
causa e motivo per gli atti a titolo gratuito, per
i quali la causa non sarebbe altro che il moti-
vo che induce a fare la liberalità. Ma se si ab-
bandona questo concetto infondato nella legge,
ne discende la conseguenza che se anche si
faccia una disposizione testamentaria per un
motivo illecito, siccome il motivo non influi-
sce sulla validità o no della disposizione, essa
sarà valida.

Gli autori francesi applicano la loro teoria
or confutata specialmente a due casi: al ca-
so che alcuno faccia una liberalità testamen-
taria in favore di chi sia figlio naturale o a-
dulterino, o incestuoso, e al caso in cui la di-
sposizione testamentaria sia fatta a favore
di una concubina. In questi casi essi dicono,
bisogna ritenere che la disposizione testamen-
taria sia nulla, perchè altrimenti nel caso di
disposizione fatta a favore di un figlio natura-
le, adulterino, o incestuoso si verrebbe a con-
tradire la legge che rende incapaci queste
persone. Pel caso poi della concubina c'è un
precedente storico nel diritto consuetudinario
francese che proibiva le liberalità alle concu-
bine; quindi si dice, sebbene nel codice non
ci sia una disposizione espressa purnondime-

rio partendo dal principio che le disposizioni fatte per cause o motivi illeciti sono nulle, vi sarà nullità. Noi rispondiamo che l'applicazione di questa teoria non ha importanza nel caso che alcuno faccia una disposizione testamentaria a favore di un figlio naturale, adulterino o incestuoso; poichè basta applicare l'articolo del codice in cui si dice che il figlio naturale è capace di ricevere solo in certi limiti e che il figlio adulterino o incestuoso è incapace di ricevere nulla oltre gli alimenti. Quindi in questo caso non occorre invocare il principio della nullità per illeceità di motivo o di causa, ma il principio della nullità per incapacità. Nè giova osservare in contrario che la incapacità dei figli naturali, adulterini o incestuosi vi è solo quando non vi sia riconoscimento, o quando vi sia una sentenza da cui risulta l'adulterinità o l'incestuosità dei figli, perchè per l'art. 193 cap. 3 c'è l'incapacità anche quando l'adulterinità o l'incestuosità risulti da un'esplicita dichiarazione del genitore, quindi se dal testamento stesso risulti la condizione di figlio adulterino o incestuoso c'è l'incapacità. Questa non vi sarebbe solo nel caso che la qualità di figlio adulterino o incestuoso risulta da testamento olografo, ove si ritenga come noi pensiamo, che questo sia scrittura privata, e che il riconoscimento contenuto in

iscrittura privata non produca l'incapacità di ricevere per testamento. Ma anche in questo caso, come si può dire che la considerazione del figlio illegittimo sia un fatto illecito? Illecito è il procreare fuori del matrimonio, non beneficare chi è innocente della nostra colpa. La disposizione poi a favore della concubina o meretrice, perchè si deve ritenere nulla? Se nel diritto consuetudinario francese c'era un'espressa disposizione che condannava simile liberalità, questa disposizione non fu riprodotta dal codice Napoleonico, e tanto meno nel codice nostro. Cosicchè ritenendo che la disposizione fatta a favore della concubina sia illecita si verrebbe a creare un nuovo caso d'incapacità a ricevere per testamento. Ora casi di incapacità a ricevere non sono possibili, fuori di quelli ammessi dalla legge. Inoltre noi ricorderemo che il diritto romano, che fu anch'esso rigoroso in materia di morale, ritenne valide le donazioni e quindi le liberalità testamentarie fatte a favore di una meretrice. Si osserva ancora che nelle opere del Pothier espressamente si dice che la disposizione testamentaria basata in motivo illecito è nulla; quindi questo principio deve ritenersi riprodotto anche sotto l'impero del Codice francese e quindi del nostro. Ma rispondiamo che la illazione non è giusta, perchè per principio generale i motivi non hanno influenza sulla validità delle disposizioni. Il motivo

che è un elemento indifferente alla validità del negozio giuridico, diventa un elemento influente, degno di considerazione solo nei casi stabiliti dalla legge, e uno di questi è quello provato dall' art. 828, cioè quando il motivo sia stato l'unico che ha determinato la volontà del testatore e sia stato un motivo erroneo ed espresso. Ma la legge non parla di motivi illeciti. Invece nelle opere di Pothier si trova fatta più larga accoglienza all'influenza del motivo sulla volontà dell'uomo, tanto che non solo il legato fatto per motivo illecito è nullo, ma anche un legato fatto per mero capriccio. Se uno dice: "Lego i miei beni, o una parte dei miei beni, a chi occuperà dopo la mia morte il 4° palco della fila 3ª del teatro tale„ siccome questo motivo non è un motivo serio, la disposizione è nulla. Inoltre il legato fatto non tanto per beneficare una persona quanto per fare dispetto, onta ad un altro, è secondo il Pothier un legato nullo, perchè manca il motivo della beneficenza, della liberalità. Ancora nelle opere del Pothier si trova detto, che il legato fatto allo scopo di indurre il legatario a testare a favore del testatore è un legato nullo perchè basato sul motivo di fare un ricatto. Quindi, come si vede, nelle opere del Pothier in conformità del diritto consuetudinario francese il motivo fu preso in maggior considerazione che nel diritto nostro rispetto alla validità delle disposizioni testamentarie. Ancora c'è un altro argo=

mento che dovrebbe essere più convincente ed è quel-
lo che risulta dall'art 849 del codice, riguardan-
te le condizioni illecite apposte alle disposizioni
testamentarie che dice: « Nel testamento si
hanno per non apposte le condizioni impossibili
e quelle contrarie alle leggi od al buon costume »
Quest'articolo non fa che riprodurre l'antica re-
gola Sabiniana per cui le disposizioni testamenta-
rie sotto una condizione illecita o impossibile so-
no valide come se la condizione non fosse stata ap-
posta, cioè le condizioni illecite vitiantur non
vitiant, contrariamente a ciò che la legge prescri-
ve per gli atti tra vivi, in cui l'apposizione di una
condizione illecita o impossibile è nulla e rende nul-
lo tutto il negozio giuridico. Quest'articolo distrugge
fondamentalmente l'opinione contraria che cioè
il motivo illecito rende illecita e quindi nulla
la stessa disposizione testamentaria; perchè che
cosa altro è la condizione se non un motivo e-
spresso con la massima energia dal testa-
tore? Quando io dico: Lascio £1000 a Tizio
purchè Tizio uccida Caio, qual'è il motivo del-
la mia disposizione, anzi lo scopo finale di que-
sta? Evidentemente l'omicidio che si deve consu-
mare nella persona di Caio, e in vista di questo
scopo io faccio la disposizione. Questa disposizio-
ne è nulla o è valida? È valida, e solo è nulla
la condizione la quale si ha come non scritta,
come se io avessi scritto puramente e semplice-

mente: Lascio a Tizio £1000. Ora che differenza c'è quando dico: Lascio £1000 a Tizio perchè uccida Caio, e quando dico: Lascio £1000 a Tizio perchè so che è un delinquente", oppure: Lascio a Tizio £1000 perchè mi ha prestato i suoi favori? Non c'è alcuna differenza tanto dal punto di vista psicologico, quanto dal punto di vista morale: tanto nel primo quanto negli altri due casi, io sono stato mosso a fare la disposizione da un motivo illecito. La differenza è solo questa che quando dico: Lascio a Tizio £1000 perchè uccida Caio, io non riferisco ad un fatto futuro, quando invece io dico: Lascio £1000 a Tizio perchè so che è un delinquente", oppure "Lascio £1000 a Tizia perchè mi ha prestato i suoi favori, mi riferisco ad un fatto passato. E questa differenza conforta, anzichè contrariare la nostra opinione, perchè, secondo me, è più illecita la disposizione in cui si dice: Lascio a Tizio £1000 perchè uccida Caio, di quella in cui si dice: "Lascio a Tizio £1000 perchè è un delinquente. Nel primo caso vengo a incitare Tizio a compiere un'azione cattiva (un omicidio), nel secondo caso l'azione cattiva è già stata compiuta e Tizio non è stimolato a compierla.

Ciò che abbiamo detto del motivo illecito, dobbiamo dire ancora del motivo falso. L'art. 1119 che non è applicabile per ciò che riguarda la

causa illecita alle disposizioni testamentarie; non è applicabile nemmeno per ciò che riguarda la causa falsa. Che vuol dire causa falsa? L'espressione causa falsa ha due significati; significa causa erronea e causa simulata; perciò si riferisce a due ipotesi: all'ipotesi dell'error in negotio, come quando io intendo vendere ed invece adopero la parola _donare_ e all'ipotesi della simulazione, cioè quando io simulo la causa vera e dico fintamente di vendere, mentre intendo donare. Ora si può applicare questo principio al caso in cui alcuno abbia enunciato il motivo della sua disposizione testamentaria, ma questo motivo non risponde al vero? Se il testatore ha detto: Lascio £1000 a Tizia perchè mi ha assistito nella mia malattia, mentre invece Tizia è stata la sua concubina, cosicchè invece di prestargli dei servigi leciti gli ha prestato dei favori illeciti, può dirsi, solo perchè il testatore ha espresso un motivo diverso dal vero, coscientemente, che si abbia causa falsa o simulata e quindi nullità della disposizione? No, perchè la falsità della causa per render nulla la disposizione deve essere falsità di causa in senso tecnico, deve esservi la simulazione, cioè un negozio che apparentemente è diverso da quello che si voleva realmente. Del resto anche quando si ha la causa falsa in senso tecnico, non perciò

deriva la nullità del negozio, in ogni caso. Forse sol perchè faccio un contratto apparentemente di vendita, ma in sostanza di donazione, il contratto è nullo? No, perchè vale il principio plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur - il contratto non varrà come vendita, non produrrà gli effetti propri della vendita; ma se è un contratto, che ha tutti i requisiti propri della donazione, compresa la forma, allora questo contratto, sebbene mascherato sotto le sembianze di vendita, produrrà gli effetti della donazione.

## § 89 - L'errore di diritto

Abbiamo parlato così dell'errore di fatto; ma oltre l'errore di fatto c'è l'errore di diritto, il quale, secondo il nostro codice, è causa di nullità dei contratti quando ne è la causa unica o principale (art 1110 Cod. Civ.). Ora questo principio si può applicare anche alle disposizioni testamentarie? Senza dubbio sì, però in certi limiti, cioè nei limiti dell'art 828. Principio comune a tutti i negozi giuridici è che l'errore, tanto di fatto che di diritto, vizia la volontà quando sia stato il motivo

unico della disposizione testamentaria: p. es. nel caso che io abbia detto: "Lascio lire mille annue a mio cognato per soddisfare l'obbligo degli alimenti che la legge mi impone verso di lui". Or come è noto, non essendovi obbligo di alimenti verso il cognato, poichè tale considerazione è stata l'unica che ha mosso a .... fare la disposizione ed è basato su un errore di diritto, il legato sarà nullo. Ma nullo in quali limiti? Nei limiti dell'art. 828, perchè quando io dico: Lascio lire mille a mio cognato per soddisfare l'obbligo degli alimenti, io vengo a fare una disposizione con causa espressa. Siccome la legge all'art 828 applica ai testamenti i principî generali, ma con un limite, in quanto richiede che il motivo erroneo non solo sussista effettivamente, ma sia anche espresso ne deriva che, anche nel caso che il motivo sia stato un errore di diritto, se non trovasi espresso, la disposizione è valida. Quindi non si può dimostrare che Tizio ha disposto in favore di Caio in quanto si riteneva obbligato dalla legge, mentre non era, se il motivo non sia stato enunciato dal testatore stesso.

## § 90 - Violenza e dolo

Un altro vizio della volontà per tutti i nego-

si giuridici è la violenza, la quale è perciò causa di nullità anche delle disposizioni testamentarie. I principi generali che regolano la violenza in materia di contratti regolano anche la violenza in materia di testamenti. La minaccia di un male ingiusto che ha indotto una persona a fare una disposizione testamentaria costituisce violenza e rende nulla la disposizione stessa. La violenza si può provare con tutti i mezzi. Un altro vizio che nuoce alla validità delle disposizioni testamentarie è il dolo, che può prendere la forma o di suggestione o di captazione. Però si noti che queste due parole suggestione e captazione sono nel linguaggio moderno sinonimi, invece nel linguaggio antico avevano significato diverso. Captazione si aveva quando una persona faceva un lascito ad un'altra persona allo scopo di indurla a testare in suo favore. Invece suggestione non era altro che l'azione spiegata da una persona per ottenere una disposizione testamentaria in suo favore, o addirittura il suggerimento fatto al testatore di disporre in favore di uno che di un'altra persona. Questo era il significato antico delle parole, suggestione e captazione. Ma con l'andare del tempo queste due parole significarono la stessa cosa, cioè tutte le arti adoperate da

una persona per indurre un'altra a testare a proprio favore o a favore di un terzo.

Però la suggestione e la captazione così largamente intese per se stesse non sono vizi della volontà e non importano nel diritto nostro nullità della disposizione testamentaria. Se una persona con le blandizie, con un'affezione ostentata, fa sì che un altro testi in suo favore, in questi casi si può ravvisare captazione o suggestione, ma non c'è vizio di volontà. Può anche avvenire che qualcuno, sapendo che una persona sta per fare il suo testamento, con parole, con consigli, con qualunque specie di suggerimenti gli fa disporre in proprio favore, o in pro di un terzo; in questo caso c'è captazione o suggestione, ma non c'è vizio di volontà e quindi la disposizione testamentaria è valida. La legge insomma non desidera la captazione o la suggestione come vizio di volontà per sè stante, sicchè costituiscono vizio di volontà solo se assumono la figura giuridica del dolo; cioè la captazione e suggestione debbono consistere in male arti tali da indurre in inganno la persona del testatore.

Quindi due sono i requisiti: che siano adoperati dei raggiri che costituiscono degli atti per se stessi deplorevoli e che inoltre siano idonei ad indurre in inganno. Così se qualcuno adopera soverchie carezze, preghiere, blandizie ad una persona per avere il testamento in proprio favore,

non ammette dolo perchè le arti che adopera non sono in se stesse malvagie; invece se nel tempo stesso calunnia i parenti legittimi, denigra la persona la persona a cui il testatore avrebbe fatta una liberalità per mettere se stesso in buona vista, allora siccome i mezzi adoperati sono illeciti in sè, vi sarà dolo. Inoltre i raggiri debbono essere tali che siano atti ad indurre in inganno una persona di buon senso. Perciò bisogna tener conto delle condizioni intellettuali, fisiche, morali del testatore, delle condizioni di luogo e di tempo, di tutte le circostanze di fatto per giudicare se i raggiri erano o no adatti a produrre inganno. La quistione è tutta di fatto e non di diritto.

---

## § 91. - L'esistenza della persona del successore. Condizione giuridica del nascituro non ancora concepito.

Così abbiamo parlato delle condizioni per la validità delle disposizioni testamentarie, avuto riguardo alla persona del testatore; ora dobbiamo parlare delle condizioni per la validità delle stesse disposizioni, avuto riguardo alla persona del beneficato, cioè all'erede o legatario.

La prima condizione è l'esistenza della perso-
na beneficata al tempo della morte del testatore.
In secondo luogo la capacità di questa persona esi-
stente. La legge riduce questi due requisiti ad uno,
dicendo che è necessario essere capace al tempo del-
la morte del testatore. La capacità di una persona
in tal modo è di due specie: capacità assoluta e ca-
pacità relativa. Si ha capacità assoluta quando ci
è esistenza fisica al tempo della morte del testa-
tore, e quindi c'è incapacità assoluta quando l'e-
sistenza manca. C'è incapacità relativa, quando,
pur essendoci l'esistenza fisica al tempo della mor-
te del testatore, la persona del successore si trova
in tali condizioni da non poter avere dei bene-
fici dal testatore per motivi speciali.

Noi qui non ripeteremo ciò che altra volta
abbiamo detto, perchè la capacità di succedere
è un requisito necessario non solo per la successio-
ne testamentaria, ma anche per la legittima.
Cioè è necessario, perchè si possa avere la suc-
cessione, che una persona esista al tempo della
morte d'un'altra. Invece ricorderemo l'eccezio-
ne che la legge ha posto a questo principio gene-
rale nell'art. 764: „ Sono incapaci di ricevere
per testamento, coloro che sono incapaci di suc-
cedere per legge. Possono però ricevere per testamen-
to i figli immediati di una determinata persona vi-
vente al tempo della morte del testatore, quan-
tunque non siano ancora concepiti. »

Principio generale è che per succedere tanto per testamento, quanto per legge, è necessario trovarsi almeno concepito al tempo della morte del de cuius, perchè il concepimento è il momento iniziale dell'esistenza fisica; se nemmeno il concepimento esiste, non c'è capacità. Ma il legislatore ha creduto apportare un'eccezione a questo principio, a ciò indotto dall'abolizione del fidecommesso. Le legislazioni antiche chi ammettevano il fidecommesso provvedevano con questo mezzo ad un legittimo bisogno, frequentemente sentito, in quanto chi aveva un figlio dissipatore e non voleva che questi fosse assoluto padrone dell'eredità, per conservare il patrimonio ai figli di lui ordinava un fidecommesso, cioè istituiva erede il figlio con l'obbligo di restituire dopo la morte la eredità ai suoi figli. Invece, proibito il fidecommesso, veniva a mancare il mezzo per provvedere a questa esigenza, e per ciò si cercò di ovviare a simile inconveniente. Così sull'esempio del Codice Parmense e del Codice Albertino, il Codice Italiano ammise un'eccezione al principio che nessuno può essere capace di succedere se non è concepito, permettendo, al testatore di beneficare il nascituro dopo la sua morte, cioè quegli che non si trovasse nemmeno concepito al tempo della morte del testatore. Ma, ammettendo questa eccezio-

ne, la legge non ha fatto una cosa molto saggia; se c'era un reale bisogno a cui si voleva provvedere si poteva mantenere entro certi limiti il fidecommesso, come del resto le legislazioni più recenti han fatto; giacchè l'odio contro il fidecommesso spinto fino al punto a cui giunge la legislazione francese è esagerato e d'altronde l'espediente adottato dal nostro codice produce gli stessi inconvenienti lamentati pel fidecommesso. Quale fu la ragione per cui il fidecommesso fu vietato? La ragione fu perchè la proprietà veniva ad essere vincolata, non v'era libertà di circolazione. Ma questo inconveniente deriva ancora dalla disposizione dell'art. 764, perchè quando io istituisco erede il figlio di Tizio, figlio che non è ancora concepito al tempo della mia morte, prima che egli nasca, correrà un certo spazio di tempo, durante il quale la proprietà resterà vincolata senza potersi dire a chi essa appartenga. Vediamo ora quali sono i limiti entro cui è possibile di nominare eredi o legatari i nascituri non ancora concepiti al tempo della morte del testatore. È necessario che il nascituro sia figlio di una determinata persona. Io non potrei fare la seguente disposizione: "Lascio la mia eredità ai nipoti di Tizio ai pronipoti di Tizio", perchè deve trattarsi di figli immediati. La legge ha aggiun-

to la parola immediati, perchè la sola parola figli avrebbe potuto essere presa in senso ampio, ed avrebbe potuto significare tutti i discendenti, mentre adoperando la frase figli immediati, non si può intendere che i figli, escludendosi i nipoti e i pronipoti. I figli poi possono essere tanto legittimi che naturali, tanto naturali semplici che adulterini o incestuosi. L'incapacità di costoro esiste rispetto al genitore, non a un terzo. Non basta che l'onorato sia figlio immediato di una persona, ma è necessario anche che sia figlio di una determinata persona. Se io dico: Lascio la mia eredità a quelli che nati dopo la mia morte porteranno il mio nome e cognome, oppure ai figli nascituri di colui che per caso avrà il mio nome e cognome, la disposizione sarà nulla perchè istituisco eredi dei nascituri, dei figli immediati di una persona indeterminata.

Perciò è necessario che i nascituri o il nascituro nominati eredi o legatari siano figli immediati di una determinata persona. Non basta che la persona sia determinata, ma è necessario che questa determinata persona sia vivente al tempo della morte del testatore; perciò sarebbe nulla la disposizione testamentaria fatta in favore di un nascituro, figlio immediato di

una determinata persona, se questa persona determinata si trovasse ad essere soltanto concepita al tempo della morte del testatore. Vinio dice: Lascio la mia eredità al figlio della mia futura sorella. Se questa si troverà semplicemente concepita al tempo della morte, la disposizione è nulla, perchè la legge equipara il concepito al vivente solo quando si tratta di avvantaggiare direttamente il concepito, invece qui non si tratterebbe di avvantaggiare il concepito, ma si tratta di avvantaggiare il figlio o i figli futuri di questo concepito, quindi l'equiparazione non è possibile. Perciò è necessario che i figli immediati di una persona determinata, siano figli di persona determinata, che si trova vivente, cioè nata sia pure da un momento solo, al tempo della morte del testatore. La vita di questa persona determinata i cui figli immediati debbono essere eredi o legatari, non è necessaria che esista al tempo in cui si fa il testamento, ma basta che esista al tempo della morte del testatore. Così io posso dire: Istituisco erede il figlio o i figli di mio figlio, anche se mio figlio oggi non sia nato ma si trovi ad essere vivo al tempo della mia morte, la disposizione è valida. Dunque è necessario che la persona che deve procreare i figli che saran-

no eredi o legatari, sia viva soltanto al tempo in cui il testatore muore, non già al tempo in cui fa il testamento. Questi sono i requisiti rigorosi perchè possa avere efficacia simile disposizione d'indole tutta eccezionale. Ma quando si ha tale disposizione i nascituri, non ancora concepiti che figura assumono? La legge lo dice all'art. 860: "le disposizioni dei tre precedenti articoli hanno luogo anche nel caso in cui fosse chiamato a succedere un non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente secondo l'art 764. Ove sia chiamato un concepito l'amministrazione spetta al padre ed in mancanza alla madre. Negli articoli precedenti si parla di eredi istituiti sotto condizione sospensiva, si parla di eredi concepiti ma non nati prima della morte del testatore, e si dice che in questi casi all'eredità sarà dato un amministratore, il quale provvederà sia agl'interessi del futuro erede, sia agl'interessi degli altri coeredi che devono succedere in luogo del nascituro o in luogo dell'erede sotto condizione. Dunque l'eredità è sotto amministrazione come nel caso d'istituzione d'erede o legatario di un concepito ma non nato, tutti i casi che giustamente la dottrina riassume sotto il concetto di credito giacente. Dunque il caso di e-

redità devoluta a un nascituro è un caso di eredità giacente; ma se è un caso di eredità giacente, l'erede nascituro si può considerare come erede reale, attuale, o si deve considerare come erede possibile condizionale? La questione è nata per lo scopo fiscale, pel pagamento della tassa di successione. Si deve pagare la tassa di successione prima che l'erede nasca, oppure solo dopo la sua nascita? In parecchi casi il fisco ha preteso il pagamento della tassa prima che il nascituro venisse alla luce per la ragione che vi ha sempre trasferimento di proprietà. Ma si obbiettò in contrario che qui non c'è il passaggio di proprietà finchè il nascituro non venga all'esistenza; egli è un erede, sotto condizione, se nascerà; e perciò come nei casi d'istituzione condizionale, la tassa dovrà pagarsi quando la condizione si verifica, cioè quando l'erede nascerà. Però la Cassazione di Roma ritenne che l'erede nascituro fosse un erede attuale non un erede potenziale, condizionale, e ciò principalmente per la ragione che v'è trasferimento di proprietà sempre in base al principio «la mort saisit le vif». Onde data la necessaria continuità che v'è tra il defunto e il successore, questi deve considerarsi esistente al tempo della morte di quello, anche se in realtà non esista.

Ma giustamente si è notato in contrario che

l'erede nascituro non può dirsi erede attuale non ostante il principio generale: «le mort saisit le vif». Poichè questo principio per la sua pratica attuazione richiede che vi sia un vivente al tempo della morte del defunto, come risulta dalle stesse parole in cui la massima è formulata. E poi essa presuppone l'ipotesi normale dell'esistenza del successore, dacchè è principio generale, ad essa corrispondente, che è capace di succedere solo chi abbia l'esistenza fisica. Ma se a questo principio generale è stata posta un'eccezione, è evidente che anche l'altro principio generale che la presuppone non si può applicare: e sarebbe ricorrere ad una finzione di diritto sconosciuta dalla legge ritenere i nascituri come se fossero già nati. Del resto l'art. 860, ponendo sotto amministrazione l'eredità lasciata ad un nascituro, come se si trattasse di eredità lasciata sotto condizione, mostra chiaramente che intenzione del legislatore fu quella di considerare il nascituro come erede sotto condizione. Ma contro questa affermazione che il nascituro sia erede sotto condizione, si è fatta un'osservazione molto sottile e quindi poco consistente, ed è che per aversi una disposizione sotto condizione è necessario che la condizione sia un fatto futuro e incerto, e inoltre un fatto voluto dal disponente; ma

trattandosi di nascituro, il fatto "se nascerà" non costituisce una vera condizione: perchè se il fatto è futuro ed incerto non è posto come condizione della volontà dell'uomo, ma è un fatto necessario, voluto dalla legge stessa, dacchè non si può essere eredi se non si esiste.

Quindi se questa si vuole chiamare condizione, è una condizione di diritto, *conditio iuris*, la quale non si può equiparare alla condizione di fatto. La condizione di fatto è quella che l'uomo può aggiungere o no, è un elemento accidentale del negozio; la *conditio iuris* è un elemento essenziale, integrante senza di cui il negozio giuridico non esiste. Quindi non si può equiparare il nascituro all'erede sotto condizione. Noi riconosciamo che la condizione "se l'erede nascerà", non sia una condizione nel senso tecnico della parola, cioè un elemento arbitrario, voluto dal testatore.

Ma che importa ciò? Importa forse che per questo non possono derivarne le stesse conseguenze giuridiche che nascono, quando vi è una vera e propria condizione?

È vero che la *conditio facti* non si deve confondere con la *conditio iuris*; ma è pur vero che il concetto di *conditio iuris* è troppo ampio e indeterminato; onde bisogna determinarlo per vedere se possono sorgere o

no gli stessi effetti della *conditio facti*. *Conditio iuris* significa requisito essenziale di un negozio giuridico, senza il quale il negozio non esiste, come per es: il consenso, l'oggetto, il prezzo nella vendita. Inoltre *conditio iuris* denota anche i presupposti logici di un negozio, cioè quei fatti senza di cui un dato negozio non si concepisce possibile, anche se sia fornito di tutti i suoi requisiti essenziali. Così per es: si fa un contratto dotale che ha tutti i requisiti per la sua esistenza, ma il suo presupposto logico è che si celebri il matrimonio, senza di questo non vi è contratto dotale: dunque il matrimonio è *conditio iuris* di questo contratto. E poi vi sono *conditiones iuris* che sono diversi dai requisiti essenziali e dei presupposti logici di un negozio, e sono tutti quei fatti che per legge debbono sopravvenire alla formazione di un negozio, perchè questo abbia efficacia. Così per esempio alcuni atti conchiusi nell'interesse del minore sono in se completi, ma per essere efficaci hanno bisogno della omologazione del Tribunale: l'omologazione del Tribunale, è senza dubbio una *conditio iuris*; ma è un fatto che sopravviene, e che è diverso dai requisiti sostanziali, e dai presupposti logici. Ora quando si tratta di *conditio iuris* la quale consiste in un

fatto estrinseco che deve sopravvenire al negozio già compiuto sorgono le stesse conseguenze che nel caso di condizione di fatto. Poichè in entrambi i casi c'è un fatto che deve sopravvenire al negozio in se stesso compiuto, perchè formato dei suoi requisiti, ed un fatto necessario perchè il negozio produca la sua efficacia. L'unica differenza è questa soltanto: in un caso il fatto è voluto dalla legge, nell'altro dall'uomo. Ora nel caso nostro abbiamo appunto una *conditio iuris* la quale non è necessaria per l'esistenza o la validità del testamento. La disposizione testamentaria è esistente e valida prima che nasca l'erede istituito; dunque la nascita di questo, se è una *conditio iuris*, non è un requisito essenziale al negozio, ma è un fatto da cui dipende l'efficacia dell'istituzione d'erede o del legato; cioè la disposizione testamentaria diverrà caducata se l'istituito non nascerà. Ora dunque dacchè la *conditio iuris* se l'erede nascerà, produce gli stessi effetti della *conditio facti*, il nascituro dee considerarsi come erede sotto condizione.

---

## § 92 - Come si divide l'eredità quando siano nati solo alcuni dei nascituri istituiti. —

Per completare l'argomento bisogna studia=re un'altra quistione relativa al caso in cui alcuno abbia disposto delle sue sostan=ze o di parte di esse in favore dei nasci=turi da una determinata persona. Se da questa determinata persona nasce un figlio, costui ha diritto ad avere tutto il legato o tutta l'eredità, oppure deve riser=varne una parte agli altri possibili na=scituri? Senza dubbio, quando sono stati istituiti eredi i nascituri di una determi=nata persona, il primo, o i primi che nasco=no non hanno diritto all'intero. Su ciò non sorge dubbio. Ma come fare per assegnare a quelli che sono nati e quindi hanno acqui=stato il diritto successorio, la parte che loro spetta? Quale quota si deve loro attribuire?

Vi sono tre opinioni. Alcuni dicono: quando sia nato uno od alcuni dei più nascituri di una determinata persona, non si può as=segnare a quel nato o a quei nati nessuna quota: cioè il nato o i nati non possono pre=tendere la divisione fin tanto non sia spari=ta la possibilità di altri nascituri. Questo è il sistema della comunione forzosa od ob=bligatoria fin tanto che non sia sparita la possibilità di altri nascituri. Secondo un'al=tra opinione, il nato o i nati dovrebbero con=siderarsi come eredi o legatari dell'intero, sotto

la condizione risolutiva parziale della sopravvegnenza di altri. Così se è nato un solo, questi avrebbe tutta l'eredità, ma nascendo un secondo figlio si risolve per la metà la eredità devoluta al primo; nascendo un terzo figlio l'eredità verrebbe a risolversi rispetto al primo ed al secondo per una parte occorrente a formare la quota del terzo e così via dicendo. Il terzo sistema è il seguente: L'eredità si deve dividere per il numero dei nati, e per il numero dei possibili nascituri, cioè si deve fare la divisione tenendo conto del numero approssimativo di quelli che potranno nascere e assegnare ai nati la quota così risultante; dimodochè facendo un calcolo approssimativo se alla persona determinata possono ancora nascere tre, quattro, cinque figli e di essi è nato soltanto uno, l'eredità che si assegnerà a quest'ultimo sarà di 1/3, 1/4, 1/5 secondo il calcolo fatto. Se sopravvengono dei nascituri in numero maggiore di quello previsto, si diffalcherà proporzionalmente dalle quote di quelli che già hanno acquistato il diritto, la quota spettante al nato in più; se invece il numero dei nati è minore di quello calcolato approssimativamente, la quota riservata si aumenterà alle quote assegnate ai nati.

Quali di questi sistemi si deve preferire? Il primo sistema, quello che impedisce la divi-

sione pel solo fatto che ci è la possibilità di al=
tri nascituri, non è conforme al principio
generale della legge per cui nessuno è obbli=
gato a stare in comunione: quando siano nati
uno, due, tre, figli e c'è sempre la possibilità
che ne sopravvenzano altri, quell'uno, quei
due, quei tre che sono eredi o legatari non si
possono costringere a rimanere in comunio=
ne per un tempo indeterminato; perché questo
sarebbe contrario alla legge. Il Codice, è vero,
ammette anche la comunione obbligatoria
dell'eredità; ma solo eccezionalmente, in ca=
si tassativamente previsti (art. 984) tra cui
non si comprende quello da noi esamina=
to. Il secondo sistema, che non appare con=
trario ai principii generali, è però contra=
rio all'intenzione del testatore. Quando il
testatore istituisce eredi o legatari i nasci=
turi di una determinata persona, non inten=
de istituire erede o legatario il primo che nasca
sotto la condizione resolutiva parziale che so=
pravvenga un secondo e via di seguito, ma
intende nominare eredi o legatari puramen=
te e semplicemente i nascituri di una deter=
minata persona.

Ammettere l'esistenza di una condizione
risolutiva è contrario non solo alla volontà
del testatore, ma anche ad una disposizione
legge, all'art. 860 in cui si dice: « Le disposi=

zioni dei tre precedenti articoli hanno luogo anche nel caso in cui fosse chiamato a succedere un non concepito figlio immediato di una determinata persona vivente secondo l'art. 764. Ove sia chiamato un concepito l'amministrazione spetta al padre ed in mancanza alla madre ».

Ora uno di questi precedenti articoli, e precisamente l'art. 857 dice: « Se l'erede fu istituito sotto una condizione sospensiva, finchè questa condizione si verifichi o sia certo che più non si possa verificare, sarà dato all'eredità un amministratore » e l'art. 858 stabilisce che se l'amministrazione sarà affidata al coerede od a' coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionale possa aver luogo il diritto di accrescimento.

Dunque qui si suppone che vi siano eredi sotto condizione ed eredi senza condizione. La legge dice che l'erede istituito puramente e semplicemente, avrà l'amministrazione della quota spettante all'erede sotto condizione. La legge dice amministrazione; ora se questo articolo giusta il richiamo fatto dall'art. 860, è applicabile anche al caso dell'istituzione di più nascituri di una determinata persona, la conseguenza sarà che l'erede senza condizione, cioè l'erede nato, l'erede per cui la condizione si è verificata avrà il diritto di amministrare la quota dei beni spettanti al-

l'erede sotto condizione, cioè all'erede se nascerà, ma non avrà la proprietà di tale quota.

Invece seguendo il sistema che noi confutiamo, l'erede senza condizione, cioè l'erede nato, avrebbe non soltanto l'amministrazione delle quote spettanti agli eredi sotto condizione, cioè agli eredi che nasceranno, ma avrebbe anche il diritto di proprietà. In altri termini, seguendo la teoria che l'erede nato sia proprietario dell'intero, sotto la condizione risolutiva parziale della sopravvenienza di altri coeredi nascituri, si viene a violare l'articolo 858 che è richiamato dall'art: 860. Non resta quindi che il terzo sistema, quello cioè della divisione basata su un calcolo approssimativo: è nato un solo figlio da due coniugi giovani, di buona salute; c'è probabilità che dopo il primo ne venga un secondo, un terzo, un quarto, un quinto e anche un decimo. In questo caso la ripartizione bisogna farla per 2, per 3, per 4, per 5, per 10 e ai nati bisogna assegnare 1/2, 1/3, 1/4, 1/5, 1/10. Ma se poniamo, siano nati, 3, 4, 5 figli da due coniugi e la donna abbia raggiunto l'età di 50 anni, allora non c'è bisogno di tener conto di altri nascituri nella ripartizione; questo si può fare solo tra quelli che sono nati perchè, normalmente e secondo la comune esperienza, la donna giunta all'età di 50 anni, non è più capace di procreare.

## § 93 - Disposizione in favore di persone giuridiche non ancora esistenti.

Ma oltre le persone fisiche che possono succedere per testamento vi sono delle persone giuridiche. Anche queste per essere capaci di ricevere per testamento debbono coesistere nel tempo della morte del testatore.

L'esistenza della persona giuridica è data da da tre elementi che devono concorrere insieme: l'elemento di fatto o materiale e l'elemento di diritto o elemento formale. L'elemento di fatto varia secondo la natura della persona; così se si tratta di fondazione si richiede un patrimonio destinato ad uno scopo; se si tratta di corporazione occorre l'associazione di più persone che mirino al conseguimento di un fine lecito.

L'elemento di diritto è in tutti i casi il riconoscimento concesso dallo Stato. Quindi se si trovano lo elemento di fatto e l'elemento di diritto esistenti al tempo della morte del testatore, la persona giuridica esiste ed è capace di ricevere, come una persona fisica. Su ciò non v'ha dubbio. Ma quistione nasce quando la persona giuridica al momento della morte del testatore non ha tutti e due requisiti dell'esistenza. Si può validamente beneficiare una simile persona giuridica? E inoltre può col

testamento porre la base di una persona giuridica che non esiste, cioè creare nel testamento il suo stato di fatto tale che sopravvenendo il riconoscimento, sorga la persona giuridica?

Questa ultima è stata una quistione agitata dai più antichi tempi del diritto comune; se cioè il testatore potesse con una disposizione diritta, beneficare una fondazione o un opera pia qualsiasi non ancora esistente, in guisa da far sorgere con la sua disposizione la stessa fondazione, la stessa opera pia che prima non esisteva - Io non tratterò lungamente la quistione perchè essa ha soltanto importanza storica. Da alcuni, ligi troppo al diritto romano, si diceva che non era possibile che il testatore riponesse direttamente in favore di un opera pia, di un ente non ancora esistente, ma da fondarsi per opera del testatore, perchè si osservava da costoro, manca la persona giuridica cioè il soggetto passivo della liberalità; e mancando questo, la liberalità stessa è nulla.

Quindi, secondo questi autori, al testatore non restava altro mezzo se non disporre indirettamente a favore dell'ente da fondarsi, adoperando la così detta disposizione modale: cioè il testatore doveva lasciare l'eredità o il legato ad una persona fisica o giuridica esistente con l'incarico di fondare quel-

la data opera pia che era nella sua intenzione. Invece altri autori più liberali, per favorire l'incremento delle opere pie, sostenevano che il testatore potesse direttamente con una disposizione fondare un'opera pia; ancorchè questa non esistesse, perchè si diceva, qui c'è analogia col caso della persona fisica non ancora nata, ma concepita. Come per la persona fisica vale la massima *conceptus pro nato habetur* - così deve dirsi per la fondazione o per l'opera pia.
Quando il testatore lascia il suo patrimonio per fondare, mettiamo, un nuovo ospedale questo al tempo della sua morte non esiste compiutamente, ma esiste in embrione, in quanto che l'embrione è lo stesso patrimonio che il testatore ha lasciato. Come il concepito, ma non ancora nato, che non è un uomo, ma una *spes hominis*, può ricevere per testamento, così anche un ospedale, un'opera pia che non è una persona giuridica ma una semplice *spes*, può benissimo essere beneficata direttamente. Ma questo ragionamento non reggeva perchè fondato su un'argomento d'analogia zoppicante, in quanto che c'è differenza tra il caso del concepito e non nato ancora; ed il caso della fondazione inesistente. Nel caso del concepito lo embrione per mezzo

dello sviluppo naturale dovrà diventare persona, senza bisogno di alcun riconoscimento da parte dello Stato, invece nella fondazione dell'opera pia, il patrimonio per se stesso non è capace di evolversi e assurgere a dignità di persona. Inoltre si poteva sempre obbiettare che la disposizione di legge che equipara i concepiti ai nati è eccezionale, e quindi non può applicarsi per analogia.

Ma, come si è detto la quistione oggi ha solo importanza storica, in quanto che dopo l'ultima legge sulle opere pie essa è stata risoluta. Infatti nella legge del 1890 nell'articolo 84 si dice che il notaio che riceve una donazione o un testamento, o che apre un testamento segreto o olografo in cui si trova una disposizione, sia diretta che indiretta, in favore di un'opera nuova di beneficenza è obbligato a darne avviso al sindaco del luogo; il quale dovrà darne partecipazione alla congregazione di carità locale che compirà gli atti necessari per l'erezione dell'ente morale. Quindi da questo articolo si rileva che il legislatore volle ritenere valida la disposizione testamentaria, anche fatte in via diretta a favore delle opere pie da sorgere, perchè il testatore viene così con la sua disposizione a porre le basi dell'opera pia. Di vero il senatore Calenda fece aggiungere le

parole <u>dirette</u> o <u>indirette</u> appunto per dirimere ogni quistione sulle disposizioni dirette in favore di un'opera pia non ancora esistente. Però ci è stato qualcuno che ha detto: la legge parla delle opere pie, ma le fondazioni possono avere lo scopo diverso di quello di beneficenza; quindi nell'articolo della legge del 1890 varrà per le opere pie, non per le fondazioni in generale. Ma si è risposto subito che anzitutto la maggior parte delle fondazioni è costituita da opere pie, cioè hanno per iscopo pubblica beneficenza. Inoltre ancorchè una fondazione non abbia questo scopo, la norma di legge è applicabile per analogia, perchè la legge non volle introdurre un principio eccezionale, ma piuttosto volle risolvere, a proposito delle opere pie, una quistione di carattere generale che cioè una fondazione, ancorchè non esistente al tempo della morte del testatore, possa ricevere, qualora il testatore stesso ponga le basi per l'esistenza di essa.

Ma altro è fare una disposizione collo scopo di fondare un ente nuovo, altro è fare una disposizione a favore di un ente che, al tempo della morte del testatore, non esiste, e che nemmeno vien fondato dal testatore stesso. Se il testatore dice: Lascio i miei beni allo spedale che il comune di Catania fonderà, questa disposizione è nulla, perchè, al

tempo della morte del testatore, non si trova l'ente che deve ricevere, nè d'altra parte si può dire che il testatore pone egli stesso le basi dell'opera pia, giacchè egli non dice: Io intendo fondare un'ospedale e per ciò lascio il mio patrimonio, ma dice: lascio le mie rendite a quell'ospedale che sorgerà dopo la mia morte *per volontà del comune di Catania*. Qui c'è assoluta inesistenza della persona che si vuole beneficare, e non si può applicare l'art° 84 della legge del 1890 che riguarda il caso in cui qualcuno direttamente o indirettamente voglia fondare *egli stesso* l'opera pia. Qui manca non solo l'esistenza completa della persona giuridica, ma anche l'esistenza embrionale o di fatto, che si riscontra nel caso previsto dalla legge. Così anche se io dica: «Lascio la mia eredità in favore di quella associazione sportiva, patriottica, religiosa, umanitaria, che si formerà dopo la mia morte», la disposizione è nulla, perchè io non posso con la mia volontà creare un'associazione sportiva, patriottica, religiosa, umanitaria, la quale invece per formarsi richiede il concorso della volontà altrui, richiede il rapporto contrattuale fra più persone, oltre il riconoscimento dello stato e perciò faccio evidentemente una disposizione a favore di una persona che, al tempo della mia morte, non esiste nemmeno di

fatto. Affinché un ente morale che non esiste, nè materialmente nè giuridicamente, possa essere beneficato direttamente dal testatore si richiede che questi ne ponga egli stesso la base di fatto. Ma questa base di fatto il testatore può metterla solo quando si tratta di una fondazione, perchè lo stato di fatto della fondazione è il patrimonio, ma non quando si tratta di un'associazione, perchè in questa lo stato di fatto è costituito dall'unione di più persone che si prefiggono il conseguimento di uno scopo. Analoga a questa questione è quella, se sia valida la liberalità fatta in favore di persone giuridiche esistenti in fatto, ma non riconosciute ancora giuridicamente. C'è per esempio a Catania un ospizio per l'infanzia abbandonata, che non è ancora persona giuridica. Un tale fa un testamento a favore di quest'ospizio, la disposizione è valida o nulla?

Qui il caso è differente da quello innanzi studiato. In quello al tempo della morte del testatore non ci era nemmeno la base, lo stato di fatto dell'opera, la quale era creata dalla volontà del testatore; qui invece si suppone che, alla morte del testatore, esista in fatto l'ospizio, sebbene non abbia ancora il riconoscimento governativo. La liberalità, dicono alcuni, si deve ritenere nulla, perchè quando voi volete beneficare una fondazione come tale, un'associazione

come tale, cioè un ente astratto, non lo potete se essi non abbiano l'elemento formale del riconoscimento giuridico. Ma questa opinione non è giusta: quando il testatore fa un lascito in favore di una fondazione che funziona in fatto, ma che non ha avuto il riconoscimento giuridico si deve supporre che egli intenda beneficata sotto la condizione che abbia il riconoscimento giuridico, perchè non si può presumere un intenzione contraria alla legge, onde deriva la conseguenza che la liberalità sarà valida sotto la condizione che l'ente sia riconosciuto dallo stato; dimodochè se il riconoscimento avvenga, sarà valida la liberalità; se no la disposizione sarà inefficace per mancanza della condizione voluta dal testatore. Nè si dica che il testatore può essere in errore, perchè quando benefica, poniamo, l'ospizio per l'infanzia abbandonata di Catania, può aver creduto che l'ospizio sia capace di ricevere; e quindi per questa ragione la liberalità deve considerarsi nulla.

No, perchè l'errore non si può presumere, ma dev'essere provato; e inoltre una disposizione testamentaria è nulla per errore, solo quando la causa erronea sia espressa e sia l'unica che abbia determinato il testatore a fare la disposizione (art: 828).-

## § 94 - Disposizioni vietate in favore di benefizi, cappellanie, ed altre fondazioni di culto.

Ciò che abbiamo detto riguarda gli enti che non hanno avuto il riconoscimento al tempo della morte del testatore, ma possono averlo.

Ma che cosa si dirà se il testatore faccia una liberalità a favore di enti i quali non solo non sono riconosciuti al tempo della sua morte ma non possono essere mai riconosciuti per diritto di legge? Bisogna rispondere in generale che simili disposizioni sono nulle, in quanto sono rivolte a beneficare enti che, per mancanza di personalità, non hanno capacità di ricevere. Se il testatore vuole beneficare un ente come ente astratto, cioè vuole beneficare lo scopo che l'ente funzionante in fatto si propone, evidentemente egli fa una liberalità ad un soggetto che non esiste e che non può esistere giuridicamente. Un'applicazione di questo principio lo ha fatto la legge nostra espressamente in un articolo posto sotto una rubrica diversa da quella dell'incapacità di ricevere, ma che avrebbe dovuto trovarsi in questo luogo.

L'articolo è l'833, in cui si dice: « Sono nulle le disposizioni ordinate al fine di istituire

o dotare benefici semplici, cappellanie laicali ed altre simili fondazioni ». La ragione dell'articolo è semplicissima.

Siccome questi enti non sono più riconosciuti dalla legge, tutte le liberalità fatte in loro favore sono nulle, giacchè si tratta di enti incapaci di ricevere per mancanza di personalità giuridica. Fermiamoci su questo articolo, che avrebbe bisogno di largo commento, ma io farò nel modo più breve che sia possibile.

Questo articolo trova riscontro e conferma nell'articolo 1°. della legge 15 Agosto 1867. La differenza che passa tra la legge speciale ed il Codice civile è che il Codice civile dispone per l'avvenire, mentre la legge del 15 Agosto 1867 dispone per il passato. Il Codice nell'articolo 833 dichiara nulle le disposizioni fatte al fine di istituire o dotare benefici semplici, cappellanie laicali ed altre simili fondazioni mentre la legge del 67 sopprime questi enti.

Inoltre la legge del 67 non ebbe applicazione a Roma in quanto che a Roma la legge speciale 19 giugno 1873 conservò i benefici semplici, le cappellanie laicali e altre simili fondazioni di culto; invece l'articolo 833 che proibisce di istituire o beneficare simili enti ha valore in tutta Italia, anche in Roma.

Un'altra differenza importantissima è che, mentre i beni degli enti soppressi dalla legge

del 1867 sono stati indemaniati e una rendita corrispondente al valore denunciato per la tassa di manomorta è stata assegnata al Fondo pel culto, o, secondo i casi ai privati a cui è stato concesso il diritto di rivendicazione o di svincolo, invece i beni che oggi siano lasciati per istituire una cappellania, un benefizio semplice od altra fondazione di detto, non vanno certo devolute al demanio; ma vanno in favore degli eredi legittimi, o delle persone indicate dal testatore in sostituzione degli enti stessi, come in tutti gli altri casi di disposizioni nulle.

E a questo è bene por mente, per evitare l'equivoco in cui talvolta si è incorso dai pratici, i quali, sapendo che quando i benefizî semplici, le cappellanie laicali e simili fondazioni furono soppressi il demanio s'impadronì dei loro beni, hanno pensato che lo stesso avverrebbe oggi se si facesse una liberalità a favore di simili enti.

Ciò premesso torniamo all'esame dell'articolo 833.

La legge fa due ipotesi di nuovi beneficî semplici, cappellanie laicali, ecc. che si vogliano istituire, e di enti simili già esistenti che si vogliono beneficare. Ciò perchè al tempo in cui il Codice fu promulgato, c'erano dei benefici semplici, cappellanie laicali ecc. che avevano

capacità giuridica e quindi potevano ricevere per testamento, non essendo stati ancora soppressi.

Ma ora, avvenuta la soppressione, l'importanza dell'articolo 833 è limitata solo al caso di nuove fondazioni di culto che si volessero istituire. Ma che cosa sono i benefizî semplici, le cappellanie laicali ed altre simili fondazioni? Per benefizio s'intende, secondo il linguaggio canonico, una dotazione autonoma e perpetua, eretta in titolo ecclesiastico, destinata al mantenimento di un uffizio sacro: onde i requisiti sono: 1) l'esistenza di una massa di beni 2) che questa sia autonoma cioè non appartenente ad alcuno e perpetua 3) che abbia avuto l'erezione in titolo, cioè il formale riconoscimento dell'autorità ecclesiastica che occorre perchè si abbia un ente ecclesiastico 4) che sia destinata allo scopo del mantenimento dell'ufficiale ecclesiastico, cioè di chi de. e compiere un dato ufficio sacro.

Questo è il concetto del benefizio considerato come persona giuridica. Ora la legge dice: sono nulle le istituzioni di benefizi semplici; ed aggiunge la parola semplice perchè perchè i benefizi si distinguono in benefizi semplici e benefizi curati, cioè benefizi che hanno la cosidetta cure delle anime, il che segue nel caso in cui l'ufficiale ecclesiastico ha l'obbligo di amministrare i sacramenti e compiere le funzioni reli=

giose che sono reputate necessarie ed utili per la salvezza delle anime dei fedeli di una determinata circoscrizione. Questi benefizi sono stati esentati dalla soppressione e quindi si possono anche ora istituire; ma tutti gli altri benefizi che non hanno la cura delle anime eccetto i canonicati in numero di 12, e gli altri benefizi semplici delle cappellanie in numero di 6 nei capitoli cattedrali, non essendo persone giuridiche riconosciute dalla legge.

*Cappellanie laicali* - La cappellania è una massa di beni autonoma destinata alla celebrazione di messe in un dato altare di una data chiesa.

I requisiti dunque sono due, l'esistenza di un patrimonio autonomo, e lo scopo della celebrazione delle messe in un dato altare, il quale viene denominato cappella. Ora le cappellanie così intese, nel diritto canonico sono di due specie: laicali ed ecclesiastiche. Le cappellanie ecclesiastiche si distinguono dalle laicali, in quanto hanno avuto l'erezione in titolo, e i beni non possono essere goduti che dalla persona ecclesiastica esclusivamente che ha l'obbligo di celebrare le messe, dimodochè non differiscono per nulla dal benefizio semplice, ma ne costituiscono una sottospecie; perchè il concetto di benefizio semplice è ampio e comprende sotto di sè varie specie di

benefizi. Le laicali invece, esistendo senza l'ap=
provazione solenne dell'autorità ecclesiastica, ed
essendo costituite di beni che possono godersi da
chiunque, sebbene col peso di far celebrare messe
hanno natura diversa dal beneficio, e perciò
nel diritto anteriore venivano considerate co=
me persone giuridiche civili. Ora il Codice no=
stro, presupponendo questi principii del dirit=
to canonico, non sentì il bisogno di proibire
espressamente la liberalità in favore delle
cappellanie ecclesiastiche che, secondo i canoni=
sti, non sono che una specie di benefici sem=
plici. Del resto quest'articolo venne interpre=
tato autenticamente dalla legge del 1867,
la quale soppresse espressamente oltre i bene=
fizi semplici le cappellanie ecclesiastiche e la=
icali. Infine l'articolo 833 parla di altre si=
mili fondazioni. La locuzione della legge
è troppo ampia: che vuol dire e altre simili
fondazioni simili ai benefici e alle cappel=
lanie? Questa locuzione generica è stata de=
terminata dalla legge del 1867. Altre simili
fondazioni che la legge proibisce di istitui=
re, sono le abbazie, le prelature, le ricettirie
e tutte le fondazioni che hanno carattere di
perpetuità e scopo di culto, i così detti legati
pii. Tutti questi enti che ho enumerati
hanno natura simile ai benefici; anche se
non sono benefizi essi stessi. Infatti le abba=

zie e i priorati soppressi dalla legge del 67 non erano altro che benefizi semplici spettanti ai capi dei monasteri, quindi avendo l'art.° 833 proibito la istituzione di beneficî semplici, ha anche proibito l'istituzione delle abazie, e dei priorati.

Le prelature altro non erano che dei benefizi semplici comune a certe persone che avevano il titolo onorifico di prelati, cioè ecclesiastici che avevano diritto a speciali onorificenze, senz'avere giurisdizione: quindi anch'esse sono comprese nel divieto dell'art.° 833 Ma oltre siffatti enti che erano propri e veri benefici, ce n'erano di altri che presentavano con questi solo una somiglianza.

Tali eran le chiese ricettizie, soppresse dalla legge del 1867.

Le ricettizie erano delle fondazioni fatte a favore del clero locale; in certi paesi (specialmente del Napoletano e della Sicilia) ci erano delle chiese che avevano un patrimonio destinato al mantenimento dei preti del luogo. La porzione spettante ai preti non aveva il carattere di benefizio vero e proprio, perchè i beni, mancando dall'erezione in titolo erano di natura laicale, ma avevano lo stesso scopo pratico del benefizio, cioè di provvedere in perpetuo al mantenimento degli ufficiali ecclesiastici og=

gregati alla chiesa. Perciò, questi enti, sebbene non menzionati espressamente dall'art°. 833, debbono ritenersi compresi nella frase «altre simili fondazioni.»

Finalmente sotto l'espressione «altre simili fondazioni» vanno compreso quelle che la legge del 1867 chiama «istituzioni con carattere di perpetuità, che sotto qualsiasi denominazione o titolo sono generalmente qualificate come fondazioni o legati pii per oggetto di culto, quand'anche non erette in titolo ecclesiastico». Ma quali sono questi legati pii, soppressi dalla legge del 1867 e vietati dall'art°. 833 codice civile? Per aversi un legato pio soppresso o vietato dalla legge, si richiedono dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominante, tre requisiti: scopo di culto, perpetuità, autonomia.

Su quest'ultimo requisito c'è grave controversia. Occorre anzitutto lo scopo di culto, cioè scopo del patrimonio lasciato dal testatore deve essere quello di servire direttamente al compimento di funzioni religiose, di funzioni di culto: cosicchè se v'è uno scopo, sia pure attinente alla religione, ma che non di un atto di culto il legato è valido. Lascio tutto il mio patrimonio, o parte, per pagare il quaresimalista, per dare un premio a quei ragazzi che meglio studieranno il ca-

techismo; questo sarà un legato pio valido o nullo? Esaminando la cosa superficialmente, parrebbe che sia un legato nullo, invece non è così; perchè la predica, lo studio del catechismo non sono atti di culto, non sono cioè atti che si compiono per omaggio alla divinità, ma sono atti che riguardano solo la diffusione della religione e della morale cristiana: quindi se c'è uno scopo religioso, non c'è scopo di culto. Così ancora se dispongo che i miei beni servano a costituire il patrimonio sacro dei poveri che riceveranno gli ordini sacri, sebbene indirettamente la liberalità giovi al culto in quanto favorisce l'incremento dei suoi ministri, pure la disposizione è valida, perchè lo scopo diretto non è il culto, ma il sostentamento dei sacerdoti. E su questo punto non c'è controversia nè nella dottrina, nè nella giurisprudenza.

In secondo luogo è necessario, oltre lo scopo del culto, il carattere della perpetuità; onde ancorchè si abbia un legato avente scopo di culto, se il conseguimento di un tale scopo non è voluto in perpetuo, ma per un certo tempo soltanto; non c'è nullità. Perchè ciò che la legge volle proibire è che vi siano masse di beni destinati e rimanese in perpetuo vincolate. Ora quando un legato

ha per iscopo il compimento di un atto di culto per un tempo determinato, non c'è questo pericolo, perchè finito quel tempo in cui l'atto di culto deve compiersi, la massa dei beni rientra nella circolazione normale.

Inoltre il legato dev'essere autonomo.

Ma che vuol dire autonomo?

Prescindiamo da quegli autori, come lo Scaduto, i quali hanno negato la necessità di questo carattere, perchè dicono che la legge non ne parla, ma così non tengono conto che la legge, parlando di istituzioni o fondazioni che hanno scopo di culto implicitamente ha voluto l'autonomia; giacchè senza questo carattere non c'è istituzione o fondazione. Prescindendo, dunque, da questi autori, il dissenso cade sulle determinazioni del concetto di autonomia. Quando si ha un patrimonio autonomo? Quando tutta la rendita è assorbita dalle spese di culto? Quando c'è un'ipoteca che grava i beni per garentire l'adempimento dell'onere? Oppure si ha nel caso soltanto in cui vi sia distacco effettivo di beni, cioè i beni siano sottratti al dominio dell'erede considerati per se stanti, e vincolati esclusivamente al conseguimento dello scopo di culto?

Tutte queste opinioni sono state sostenute, ma ormai nella giurisprudenza prevale l'ultima. Infatti non è giusto dire che quando c'è assorbimento delle rendite di tutto il patrimonio

per le spese di culto, si ha legato antonomo, cioè legato proibito dalla legge, perchè così lo erede o legatario onerato, non ricevendo nulla, è un *nudus minister*.

Per diritto nostro è possibile che alcuno sia legatario senza conseguire alcun lucro; legatario può essere anche chi non riceve nessuna liberalità; onde nel caso in cui si faccia un legato a scopo di culto, senza che il legatario nulla riceva, non si può dire perciò solo che il legatario sia un semplice esecutore testamentario e quindi vero soggetto del legato sia lo scopo. Ciò può essere in fatto, ma astrattamente non si può dire che sia sempre così; perchè anche quando tutte le rendite siano devolute allo scopo di culto, può il legatario aver dei diritti sia pure potenziali. Infatti poniamo che in avvenire si possa compiere l'obbligo imposto dal testatore con minori spese; ecco che qualcosa lucrerà l'erede o il legatario; oppure poniamo che domani una nuova legge proibisca l'esercizio del culto e allora tutto spetterà all'erede o al legatario. In ogni caso poi è da pensare che il patrimonio le cui rendite vengono assorbite dalle spese di culto, costituisce sempre la commune garenzia dei creditori dell'erede o del legatario che è onerato, di guisa che in caso di espropriazione hanno diritto al valore di beni, oltre

chi poteva pretendere l'adempimento dell'onore di culto, tutti i creditori personali del titolare del patrimonio, secondo le regole del diritto comune.

Neppure può dirsi che vi sia autonomia se i beni sono gravati da un'ipoteca a garenzia dell'adempimento dell'onere di culto; perchè l'ipoteca presuppone un obbligo personale, mentre non questo volle vietare la legge, ma l'obbligo od onere reale avente scopo di culto: l'ipoteca non impedisce la alienazione dei beni, anzi conduce alla loro alienazione, quando il credito garentito non è soddisfatto; quindi non v'è il pericolo della manomorta che la legge volle evitare. Dunque resta ferma l'opinione che, per aversi autonomia, è necessario vi sia un patrimonio per sè stante, dimodochè soggetto di questo non possa dirsi nessuna persona fisica o giuridica, dacchè intenzione del testatore era di rendere i beni inalienabili e vincolarli unicamente allo scopo del culto.

Concorrendo questi requisiti, i legati pii, di cui parla l'art.° 833, sono nulli: altrimenti sono validi.

---

## § 95 I lasciti di culto validi

Ma se i legati pii aventi i caratteri ora

studiati sono proibiti, non perciò sono proibiti i veri e propri legati aventi scopo di culto. Ciò che il legislatore ha proibito è il mezzo giuridico per raggiungere lo scopo, non lo scopo stesso, la forma della fondazione, non già lo scopo del culto. Gli scopi del culto sono anche oggi leciti, solo non si possono raggiungere con i vecchi mezzi, cioè con la destinazione di un patrimonio autonomo a quegli scopi.

Che ciò sia vero, risulta dalla legge del 67 la quale sopprimendo i benefizi, le cappellanie e le fondazioni di culto, non proibì lo scopo che queste istituzioni intendevano conseguire, ma anzi lo rispettò, in quanto che fece obbligo ai successori degli enti soppressi di adempiere gli stessi oneri di culto che dovevano essere adempiuti da quelli, mettendo a carico del Fondo pel culto od a carico di patroni, rivendicanti o svincolanti, gli assegni pel mantenimento degli ufficiali ecclesiastici, le spese per la celebrazione delle messe ecc. Quindi, anche oggi, un privato può imporre all'erede, al legatario, ad una persona cioè esistente, l'obbligo di adempiere un onere di culto. Così non vi è nessuna difficoltà ad ammettere la validità del legato in cui una persona imponga al suo erede o legatario di pagare una somma ogni anno al prete che celebra messa in quella data chiesa, che recita l'uffizio a

quella data ora.

Qui si ha lo stesso scopo del benefizio cioè il sostentamento di un ufficiale ecclesiastico, ma non c'è benefizio; il benefizio si ha quando vi è un patrimonio autonomo destinato a questo scopo; nell'esempio da noi presentato il patrimonio appartiene ad un soggetto concreto, erede o legatario, ma su questo patrimonio grava un obbligo di natura personale, non già reale; quindi sebbene lo scopo sia identico a quello del benefizio, pur nondimeno il legato è valido, perchè importa un semplice vincolo obbligatorio a carico dell'erede o del legatario. La legge proibisce l'istituzione delle cappellanie, cioè delle fondazioni che hanno per iscopo unico la celebrazione di messe in una data chiesa, in un dato altare; ma io benissimo posso imporne l'obbligo al mio erede o legatario di far celebrare tante messe per un certo tempo o in perpetuo in una data chiesa; perchè in questo caso si ha un patrimonio devoluto non già a scopo di culto, ma devoluto ad una persona fisica capace coll'onere però della celebrazione delle messe. Così pure si può fare un legato mirante al raggiungimento di qualsiasi scopo di culto, purchè sia fatto in forma indiretta, ossia modale, cioè il patrimonio dev'essere attribuito ad una persona fisica o giuridica con l'obbligo, sempre di natu=

ra fenomenale, di compiere quelle date funzioni religiose. Cosicchè per avere legato pio valido basta che manchi l'autonomia, che il patrimonio sia lasciato ad una persona fisica capace di ricevere, dimodocchè questa persona sia il soggetto del patrimonio e quindi abbia piena libertà su di esso, nonostante che su questa persona gravi l'obbligo di culto. Nè è d'impedimento alla validità di simile legato il carattere della perpetuità. Alcuni, come lo Scaduto, hanno detto che questi legati, ancorchè fatti sotto la forma indiretta, ancorchè importino un semplice obbligo personale nell'erede o legatario, sono nulli pel solo fatto che hanno il carattere della perpetuità.

Cosicchè, secondo questa opinione, io posso imporre al mio legatario o erede l'obbligo di far celebrare messe sua vita durante, o per un tempo determinato, ma non in perpetuo, perchè la perpetuità si dice, è un carattere proprio della fondazione e che contrasta con l'indole dell'obbligazione personale.

Noi rispondiamo che se è vero la perpetuità costituisce un carattere normale della fondazione, non è l'esclusivo ed unico carattere: perchè si abbia fondazione non basta che lo scopo da raggiungere sia perpetuo, ma è necessario che il mezzo per raggiungere questo scopo, cioè il patrimonio, abbia una ammini=

strazione autonoma; inoltre come ci possono essere fondazioni a scopo perpetuo, ci possono essere fondazioni a scopo temporaneo, cosicchè il carattere essenziale della fondazione non è la perpetuità, perchè questo può mancare, ma la autonomia del patrimonio. Dunque non si può dire che sol perchè v'è un lascito che ha per scopo funzioni di culto da farsi in perpetuo, c'è fondazione. D'altra parte non si può dire che contrasti all'indole personale dell'obbligo il carattere in perpetuità; questo non è esatto.

È vero, in generale, che il carattere della perpetuità è inerente alla natura dei diritti reali, anzichè dei diritti di obbligazione, è vero che i diritti reali sono di natura perpetua, mentre i diritti personali sono di natura temporanei; ma il carattere di temporaneità nelle obbligazioni non è loro essenziale, è semplicemente un carattere normale, un elemento naturale che ordinariamente vi è, ma che può anche mancare senza che si alteri la essenza dell'obbligazione. E che nel diritto nostro vi siano obbligazioni d'indole perpetua, non si può disconoscere. Infatti abbiamo la rendita fondiaria e la rendita semplice perpetua. Ora l'obbligazione di pagare la rendita fondiaria non è forse una obbligazione personale? Sicchè nel diritto nostro, sebbene quasi sempre l'obbligazione personale sia temporanea, pur nondimeno il carat=

tere della perpetuità non distrugge l'indole per=
sonale dell'obbligazione.

Appunto avuto riguardo al fatto che la rego=
la nelle obbligazioni è la temporaneità e l'ecce=
zione è la perpetuità, il nostro legislatore in caso
di obbligazione perpetua dispone, per togliere gli
inconvenienti che nascono dalla perpetuità, che
il debitore ha diritto ad affrancare, ha diritto
cioè a pagare una volta tanto il capitale del=
l'annua prestazione perpetua, per liberarsi dal=
l'obbligo corrispondente.

Ma questa stessa facoltà che la legge conce=
de al debitore dell'obbligazione perpetua, dimo=
stra che non è un assurdo giuridico l'esistenza
di un obbligazione perpetua. E ciò è detto a
proposito non solo della rendita perpetua, ma
anche di ogni altra obbligazione che abbia
carattere di perpetuità; infatti l'art°. 1788 di=
spone. «Gli art:. 1783 1784, 1785 e 1786 sono
applicabili ad ogni altra annua prestazione
perpetua costituita a qualsiasi titolo, anche
per atto di ultima volontà, ad eccezione di quel=
lo avente per causa una concessione d'acqua
demaniale e salve le speciali disposizioni ri=
guardo all'enfiteusi.»

Dunque quest'articolo ci dimostra chia=
ramente che non solo nel caso di rendita per=
perpetua vi è obbligazione perpetua, ma vi
possono essere altri casi di obbligazione perpe=

tua derivante sia da atti tra vivi che da atti di ultima volontà. Cosicchè, applicando questo principio, anche se ci sia un legato pio a scopo di culto perpetuo, non perciò si può dire che il legato è nullo; se non ha il carattere di autonomia è validissimo; solo l'onerato ha il diritto, quando vi sia un ente od una persona interessata che rivesta la qualità di creditore, di affrancare pagando una volta tantum il capitale corrispondente. Così se oggi faccio un legato che ha per iscopo la celebrazione di messe perpetue da farsi in una determinata chiesa, in suffragio dell'anima mia, o un legato in cui dico «Lascio il mio patrimonio a Tizio perchè da esso ricavi quanto è necessario per far celebrare ogni domenica la messa mattutina», il legato è valido. Del resto che i legati di culto possono essere perpetui lo dice la stessa legge del 1867. Questa legge quando ha soppresso gli enti ecclesiastici in essa menzionati, ha fatto obbligo ai successori di tali enti di adempiere gli stessi oneri di culto che dovevano essere adempiuti dagli enti soppressi, i quali oneri avevano carattere di perpetuità. Però quello che abbiamo detto riguarda la validità dei legati; cioè i legati, anche se abbiano lo scopo di culto, e carattere di perpetuità, ma non abbiano quello dell'autonomia, sono validi; ma altro

è l'efficacia giuridica di un legato. Vi sono di=
sposizioni testamentarie che sono valide
ma molte volte non sono efficaci. Che vuol
dire efficacia?
Vuol dire la possibilità di coazione giuridi=
ca in caso di inadempimento. Io lascio il
mio patrimonio a Tizio che nomino erede
con l'obbligo di fare tante messe all'anno in
perpetuo celebrare in suffragio dell'anima mia.
Questo legato è validissimo. Ma se Tizio,
mio erede, non adempie la mia volontà
che mezzo di coazione c'è verso di lui? Nes=
suno. Il legato è valido, ma non ha efficacia
giuridica per la forma con cui è concepito;
perchè se il mio erede non adempie la mia vo=
lontà, non c'è nessuno che possa costringerlo
a fare. Infatti chi potrebbe costringerlo? Non
gli eredi legittimi che non hanno avuto da
me questo diritto; non il vescovo perchè se que=
sti nel diritto antico aveva la rappresentanza
di tutti gl'interessi spirituali, oggi non l'ha
più; quindi il legato resterebbe inefficace giu=
ridicamente.
Sicchè per rendere efficace un legato che per sè
stesso sarebbe valido bisogna ricorrere ad un
espediente; apporre la clausola di decadenza,
cioè stabilire che nel caso che il mio erede non
adempia l'obbligazione, decadrà dal suo dirit=
to; e l'eredità e il legato sarà devoluto ad altri,

oppure bisogna designare una persona interessata ad esigere quella data prestazione di culto imposta dal testatore.

In questi casi il legato è oltrechè valido, efficace, cioè capace di coazione giuridica; perchè in un caso gli eredi legittimi o i sostituiti prenderanno il posto dell'erede o legatario inadempiente, nell'altro caso ci sarà una persona che, avendo un legittimo interesse, potrà convenire in giudizio l'inadempiente per costringerlo ad adempire l'obbligazione.

Si è detto che i legati, quando mancano del carattere dell'autonomia, sono validi e devono rispettarsi. Questo è il principio generale ma ad esso ha portato una grave deroga l'art° 91 della legge 19 Luglio 1890 sulle opere di pubblica beneficenza. Questa legge a prima vista ha una disposizione che poco si comprende; l'art° 91 dice: « Sono equiparati agli istituti di pubblica beneficenza e sottoposti a trasformazione le opere pie di culto, lasciti, o legati di culto.» Dunque per quest'articolo sono equiparati agli istituti di pubblica beneficenza, e quindi soggetti com'essi a trasformazione, i lasciti o legati pii. La trasformazione consiste nel cambiamento dello scopo, a cui un'opera è destinata, e quindi nella destinazione del patrimonio a scopo diverso.

Ora a prima vista, parrebbe che i lasciti od

i legati di culto, essendo sottoposti a trasformazione ed equiparati agli istituti di beneficenza, dovessero essere enti morali; ma d'altro canto questo non può ammettersi perchè gli enti morali che avevano il carattere di fondazione di culto, furono soppressi dalla legge del 1867, e quindi non potevano trovarsi in vita al tempo della legge del 1890.

Quindi fu solo una inesattezza della legge equiparare agli enti di pubblica beneficenza e sottoporre a trasformazione i legati o lasciti che non sono fondazioni e che non sono enti morali. Purnondimeno, passando su questa inesattezza ed interpretando la parola trasformazione nel senso di mutamento della volontà del defunto, è certo che la legge del 1890 sottopone a trasformazione dello scopo i lasciti ed i legati di culto; cosicchè in base a questa legge i lasciti di culto, che non avendo il carattere di enti autonomi, sono validi secondo il codice civile, possono essere trasformati, cioè possono essere destinati a scopi diversi del culto. Quindi, mentre il principio generale, che la volontà del testatore deve rispettarsi quando si manifesti validamente nelle forme di legge, qui invece troviamo che se anche la volontà del testatore sia stata manifestata validamente, cioè siasi disposto un legato di culto nei limiti consentiti dal Codice civi=

le, questo lascito di culto può subire una trasformazione, e cioè invece di servire a scopo di culto, può essere destinato a servire ad altro scopo, diverso da quello voluto dal testatore.

Perciò è grave la deroga che la legge del 1890 ha portato al principio generale rispetto alla volontà del defunto, e questa deroga è tanto più grave in quanto così nel diritto antico, come nel diritto canonico la volontà del defunto si poteva mutare non per sola opera dell'autorità superiore, ma quando i legittimi interessati fossero stati interpellati; per la nostra legge invece si può trasformare un legato di culto, senza interpellare i legittimi interessati. Ma qui sorge una quistione grave: quali legati di culto possono essere sottoposti a trasformazione, tutti senza eccezione alcuna, o soltanto quelli gravanti sugli enti di pubblica beneficenza? Bisogna notare che il dubbio sorge da ciò che la legge del 1890 non è una legge di indole generale, ma una legge d'indole speciale, che concerne soltanto le opere di pubblica beneficenza, quindi la domanda è naturale: questa legge che dice trasformabili i legati di culto, intende riferirsi a quei legati di culto che sono a carico delle opere di pubblica beneficenza, quando cioè il testatore abbia lasciato dei beni all'opera pia, imponendo l'onere del culto, oppure anche quando si tratta di legato

di culto imposto ad un privato qualsiasi, il cui patrimonio perciò, essendo regolato dal diritto civile, non può essere sottoposto alla legge sulla pubblica beneficenza? La lettera della legge è tale da far credere a prima vista, che tutti i legati di culto senza eccezione alcuna, siano sottoposte a trasformazione. E questa è l'opinione sostenuta dal prof. Ruffini. Ma a me sembra che siffatta tesi se appare fondata sulla semplice lettera della legge, non sia conforme ai principii ed allo spirito della legge stessa. Anzitutto è già una anormalità la commutazione della volontà del defunto, ma questa commutazione si comprende e si giustifica quando si tratta di legati imposti sulle opere di pubblica beneficenza, perchè il rispetto assoluto alla volontà del defunto in simile caso potrebbe portare all'inconveniente che il patrimonio dell'ente di pubblica beneficenza sarebbe destinato ad uno scopo tutto diverso da quello della propria istituzione. Perciò interviene il legislatore e dispone che quando si ha un legato di culto che non è necessario per i bisogni della popolazione, venga trasformato. Così il patrimonio dell'ente di pubblica beneficenza raggiungerà meglio il suo scopo naturale. Invece quando si tratta di legati di culto che gravano sul patrimonio di un privato, quale sarebbe la ragione della commutazione? Non ci sarebbe nessuna ragione, perchè ognuno provvede ai suoi bisogni come meglio gli pare. Se la legge concede all'individuo di testare come gli piace, se gli concede di fare legati di culto, come poi può commutare lo scopo di culto del

legato in uno scopo di beneficenza? Questa opinione mia è confermata dal fatto che nello stesso articolo 91 della legge in parola si fanno delle eccezioni; infatti dalla possibilità di trasformazione sono esclusi i lasciti che sono o possono essere a carico degli enti ecclesiastici conservati e del demanio, del fondo per il culto o dei patroni, dell'economato generale dei benefizii vacanti.

Questa eccezione significa che i legati di culto gravanti sugli enti ecclesiastici conservati, oppure gravanti sul fondo pel culto, o sui patroni, sull'economato, in successione degli enti ecclesiastici soppressi, non sono trasformabili. La ragione di questa eccezione vale a determinare la portata della regola. Per quale ragione questi legati di culto sono esenti da trasformazione? Per la ragione che simili legati gravanti sugli enti ecclesiastici, hanno uno scopo uguale a quello proprio degli enti; non hanno uno scopo diverso, mentre quando gravano sugli enti di pubblica beneficenza, hanno uno scopo estraneo.

Dunque, se non sono sottoposti a trasformazione questi legati, perchè manca la ragione della trasformazione, non saranno sottoposti nemmeno quelli a carico dei privati per lo stesso motivo.

Perciò noi crediamo che i legati di culto che gravano su un patrimonio privato non possono essere trasformati, perchè la trasformazione costituirebbe una arbitraria violazione del principio generale del rispetto della volontà del defunto.

## §. 96. - Capacità delle associazioni religiose -

Abbiamo visto così che le fondazioni non riconosciute dallo stato non possono in nessun modo essere beneficati dal testatore; le fondazioni intanto hanno entità giuridica in quanto sono riconosciute, non essendo possibile il riconoscimento, non è possibile nemmeno beneficarli.

Ma che cosa deve dirsi delle associazioni religiose? Sono esse capaci o no di ricevere? La risposta può parere a prima vista assai semplice: i corpi monastici siccome non sono enti riconosciuti dallo stato non possono ricevere, sono incapaci. Ma sono incapaci in che senso? Sono incapaci come corpi cioè come enti morali, aventi unità. Se Tizio fa un testamento in cui lascia il suo patrimonio per es. all'ordine dei Francescani, dei Domenicani esistenti in Italia, evidentemente la disposizione è nulla, perchè l'ordine dei Francescani e dei Domenicani non ha una personalità giuridica, non esiste come ente unico; come soggetto di diritti.

Ma la quistione nasce nel caso in cui la disposizione testamentaria sia fatta a favore di una determinata e circoscritta associazione religiosa: Lascio i beni miei in favore

dei frati Domenicani che si trovano nel convento di Catania al momento della mia morte; è valida questa disposizione o no?

Per risolvere la questione bisogna mettere da parte ogni sentimento personale di avversione contro la religione e la chiesa cattolica. È necessario partire dai principî generali fondamentali: un'associazione, anche se non riconosciuta dallo stato, è capace di avere un patrimonio, qualunque sia il suo scopo, qualunque sia il suo carattere? L'associazione o è illecita per lo scopo che si propone ed allora costituisce reato e deve sciogliersi; o è lecita, cioè è lecito a più persone riunirsi insieme per uno scopo qualsiasi, ed allora deve esser lecito a questa associazione di aver dei beni, perchè i beni servono come mezzo per raggiungere lo scopo. Cosicchè come sono capaci di possedere le singole persone ad essa appartenenti, considerate isolatamente, così sono capaci di possedere un patrimonio queste persone fra loro riunite. Su tale principio non si deve esitare e non si esita più. Soltanto il Laurent, per perseguitare le associazioni e gli ordini religiosi, proclamò il principio che le associazioni non riconosciute dallo Stato come enti morali, non possono nè acquistare nè possedere dei beni. Ma evidentemente egli partiva da un concetto falso che cioè l'associazione, come insieme di più persone, fosse

qualcosa di identico alla persona morale considerata come unità astratta e per sè stante. Ma ciò non è esatto; quando la legge proibisce la personalità giuridica ad una associazione, che cosa proibisce? Proibisce che più persone siano considerate come una sola, giacchè la persona giuridica importa appunto la risoluzione di più persone ad una unità ideale; mentre cioè realmente vi sono più persone, giuridicamente si considerano come se fossero una sola, e da questa unità derivano conseguenze pratiche vantaggiose all'associazione.

Ma se più persone materialmente esistenti non acquistano questa unità, non funzionano come unico soggetto, ma come più soggetti, si avrà una associazione, non una persona giuridica.

Bisogna quindi distinguere associazione riconosciuta come persona giuridica ed associazione non riconosciuta; l'associazione riconosciuta come persona giuridica è un soggetto unico di diritti l'associazione non riconosciuta non è che un rapporto di diritto, un contratto fra più persone, che si considerano come soci.

Ciò posto, non si può dire che solo perchè un'associazione sia priva di personalità giuridica, manchi della facoltà di possedere; se l'associazione è composta di persone e ciascuna persona, isolatamente presa, è capace di

possedere, sarà capace di possedere anche se riunita con altri; il diritto di possedere non si perde riunendosi con altre persone, ma anzi si rafforza. Il Laurent il quale ritenne che le associazioni non riconosciute dallo stato non potessero possedere fu egli stesso vittima di siffatta opinione.

Egli come presidente di un Club, voleva comprare i locali di cui il club abbisognava, ma partendo dal principio che l'associazione non era una persona giuridica, ricorse ad un espediente, cioè il club avrebbe fatto al comune del luogo una donazione del denaro esistente in cassa col patto che il Comune comprasse lo stabile necessario pei locali sociali del club, il quale ne avrebbe usufruito; ma il sindaco non volle accondiscendere, allegando che il Comune non poteva obbligarsi di fronte ad un ente che non esisteva. Allora il Laurent ricorse al contratto di locazione; ma il proprietario vendette l'immobile, e l'acquirente non volle rispettare la locazione, perchè fatta con un ente incapace. Onde il Laurent fu costretto ad acquistare il locale a nome suo, e poi cedere il godimento all'associazione che aveva speso il denaro.

Ecco quali sono i risultati pratici di questa teoria così strana.

Quindi posto, come la dottrina odierna am-

mette senza esitazione, che l'associazione, se è lecita, ha diritto a possedere, e soltanto la condizione giuridica del patrimonio, è diversa da quella dell'associazione considerata come personalità giuridica (poichè quando si ha un associazione considerata come persona giuridica, il patrimonio appartiene all'ente ideale, mentre quando ad una associazione manca la personalità giuridica il patrimonio appartiene alle diverse persone riunite insieme, è in istato di comunione), ne viene la conseguenza che anche le associazioni possono ricevere delle liberalità. S'intende sempre però che il donante od il testatore deve avere di mira le persone singole che si trovano legate fra loro, in rapporto sociale, non già l'ente astratto o meglio lo scopo astratto che quell'ente si propone. Quindi se Tizio dice: lascio tutto il mio patrimonio all'ordine dei Domenicani egli fa un testamento nullo perchè a di mira esclusivamente tutto l'ente astratto, l'ordine dei Domenicani e non le persone che fanno parte di esso. Invece se Tizio dice: lascio i miei beni ai frati domenicani che si trovano nel convento di Catania, la sua disposizione sarà valida. Ma si obbietta: questo è vero per le associazioni in generale ma non è vero per le associazioni religiose. In Francia certamente la teoria che ho

esposto dopo la legge del 1901 non si può applicare perchè questa legge espressamente ha dichiarato che le associazioni religiose non possono esistere. Ma in Italia c'è forse qualche legge speciale che ha dichiarato che le associazioni religiose non possono possedere? La nostra teoria non si potrebbe applicare se i frati, le suore che formano le associazioni religiose avessero perduto il diritto della libera associazione.
Da qualcuno si vuole sostenere che essendo state soppresse le corporazioni, i frati e le suore non possono più riunirsi. Ma questa opinione non è esatta giacchè anche i frati e le suore hanno il godimento dei diritti civili e politici, e quindi il diritto di libera associazione non è ad essi vietato; se fosse vietato l'associazione sarebbe illecita allora le sarebbe impossibile avere un patrimonio. E che questo sia vero risulta dal confronto delle varie leggi. I Gesuiti soltanto per una legge piemontese del 1848 non possono vivere insieme, non possono formare delle associazioni, ma ciò che è detto per i gesuiti non è detto per gli altri ordini dalla legge del 1866: onde risulta che tutti i frati, tutte le suore hanno diritto di associazione, tranne i gesuiti in alcune regioni. Cosicchè la possibilità dell'associazione esiste, e se esiste vuol dire che è lecito lo scopo dell'associazione, e se è lecito lo scopo,

è lecito anche avere i mezzi necessarii al suo conseguimento, cioè è permesso avere un patrimonio. Soltanto si potrebbe opporre che ci può essere una disposizione di legge la quale proibisca alle associazioni monastiche di possedere dei beni, e questa norma speciale si è voluta trovare nell' art. 28 della legge 19 giugno 1873 per Roma. Questo articolo è uno degli articoli più sibillini della nostra legislazione ecclesiastica, scritto senza la necessaria sincerità e allo scopo di soddisfare le opposte tendenze per evitare imbarazzi di ordine politico.

In questo articolo si dice: "Sono nulli gli atti di disposizione testamentarie fatti in frode della incapacità sancita dalle leggi per gli enti ecclesiastici, ancorchè siano fatti sotto forma di contratti onerosi o per interposta persona„

Ora si è osservato: che cosa voleva la legge col sopprimere le corporazioni ecclesiastiche? Voleva rendere incapaci questi enti a possedere, per impedire il pericolo della mano morta.

Invece, ammettendo la possibilità che le associazioni abbiano anche esse la facoltà di possedere, l'inconveniente della mano morta non verrebbe ad essere evitato; quindi nei lasciti in favore di religiosi, abbiamo un atto compiuto in frode alla legge, e perciò bisogna applicare l'art. 28. Ma l'articolo 28 si riferisce agli enti soppressi o riguarda gli enti conservati? Questo esame non è stato fatto accuratamente.

Bisogna premettere che l'articolo 28 è preceduto da un altro articolo (27) il quale dice che i benefizii semplici, le cappellanie laicali ed altre simili fondazioni soppresse in tutta Italia, sono conservati soltanto a Roma, però non possono aumentare il patrimonio attuale. Ora, stabilito questo divieto di fare nuovi acquisti, bisognava porre la sanzione; altrimenti sarebbe stato facile trasgredirlo col ricorrere a contratti simulatamente onerosi o col servirsi di persone interposte. Ma mentre si pensò a porre questa sanzione, si pensò d'altra parte che non soltanto gli enti ecclesiastici conservati a Roma potevano frodare la legge, ma anche gli enti ecclesiastici di tutta l'Italia, in altre contingenze; poichè le leggi italiane vietano a tutti gli enti ecclesiastici di possedere beni immobili, di accettare liberalità senza l'autorizzazione del governo. Così venne fuori l'art. 28 che perciò parla di enti ecclesiastici in genere e di incapacità stabilite <u>dalle leggi</u>. Ma, come si vede dalla correlazione che passa tra l'articolo 28 e l'articolo 27, si parla di enti ecclesiastici conservati, non già di enti ecclesiastici soppressi. E che sia così risulta anche dall'attento e diligente esame dell'art. 28. In esso si parla di incapacità al plurale; ora, se la parola incapacità nel singolare è usata talora nel senso di mancanza di personalità, quando invece si parla di incapacità al plurale, è evidente che si parli di enti esi=

stenti che abbiano alcune incapacità parziali; altrimenti il plurale sarebbe uno sproposito di grammatica. Inoltre questa legge parla di incapacità degli enti ecclesiastici; ora questa frase in tutta la nostra legislazione, si trova adoperata nel senso di enti conservati, gli enti soppressi non sono mai chiamati enti ecclesiastici sic et simpliciter, appunto perchè non sono tali, e si denominano sempre con la frase di "enti soppressi". Infine le leggi che impongono le incapacità a carico di questi enti, secondo l'art. 28 possono essere frodate in due modi: o per contratto oneroso o per interposta persona; quindi è chiaro che il legislatore suppone che questi enti possano frodare la legge ricorrendo ai contratti onerosi; ora se possono ricorrere ad un contratto oneroso, è segno che sono enti conservati, perchè gli enti soppressi come non possono prendere parte ai contratti gratuiti, così non possono fare contratti onerosi, perchè gli enti soppressi non hanno personalità.

Quindi evidentemente in base alla lettera dello art. 28, tanto se si guarda alla relazione tra esso e l'art. 27, quanto se si guarda a tutto il suo contenuto, si deve ritenere che si riferisce agli enti conservati e non già agli enti soppressi.

Ma si è detto, se l'art. 28 della legge del 1873 in se stesso considerato, non è esplicitamente contrario alla capacità delle associazioni religiose, pure ciò si

rileva dai lavori preparatori di quella legge. Ma il vero è che in questi si trovano delle opinioni discordi: mentre ci fu qualcuno il quale voleva che ci fosse un articolo tale da comprendere anche le associazioni religiose soppresse, dimodo che queste fossero incapaci di ricevere per interposta persona, vi fu anche chi espresse l'opinione contraria. Da queste opinioni divergenti dunque non si può desumere niente di decisivo; d'altro canto è noto che i lavori preparatori di una legge non hanno autorità sufficiente per decidere una controversia; salvo che si trovano in accordo con la lettera della legge o per lo meno non siano in contradizione con la lettera della legge; ma quando contradizione vi sia, come nel caso nostro, non si può tenerne conto.

Ma c'è un'altra considerazione che si è fatta rilevare, ed è una considerazione di ordine pratico. Volete vedere, si è detto, che quando si beneficiano queste associazioni religiose non si intende beneficare gli individui che fanno parte dell'associazione, ma si intende beneficiare l'ente astratto e che gli individui non sono che semplici prestanome? Basta considerare il fatto che gli individui che fanno parte delle associazioni religiose, sono delle persone che per la loro regola sono incapaci di essere proprietari; infatti i frati, le suore fanno voto di povertà; quindi se alcuno beneficia

i frati e le suore, evidentemente non può intendere di beneficiare i frati o le suore, per sè stessi, perchè questi sono vincolati in coscienza dal voto di non possedere, di non essere proprietarii, ma intende beneficiare l'ente astratto, lo scopo, quello scopo appunto che non ha entità giuridica, e quindi non può ricevere.

Ma questa osservazione è infondata sotto qualunque aspetto si consideri: se si considera sotto l'aspetto giuridico, è facile la risposta; la legge non conosce che cittadini; quindi sia pure che secondo la loro regola religiosa, i frati e le suore siano incapaci di possedere, agli occhi della legge civile essi sono capacissimi, anzi la legge che soppresse le associazioni religiose, riconobbe espressamente la piena capacità dei frati e delle suore di esercitare tutti i diritti civili e politici.

Ma si risponderà, ciò sta bene dal punto di vista giuridico, non dal punto di vista pratico, perchè infatti i religiosi, ritenendosi incapaci di possedere, non posseggono per sè, ma per l'ente. Noi notiamo che anche questa considerazione è infondata, e si basa sulla ignoranza delle leggi canoniche. Anzi tutto bisogna sapere che non in tutte le associazioni religiose si fanno voti di povertà, vi sono le associazioni in cui non si fanno voti di sorta e che pure furono soppresse dalla legge del '67; quindi in queste associazioni religiose non c'è nemmeno la legge cano=

nica che proibisca ai singoli la capacità di essere pro=
prietarii; vi sono altre associazioni religiose nelle qua=
li vi sono dei voti, ma questi voti sono semplici sol=
tanto; ora il voto semplice di povertà importa inca=
pacità di disporre a proprio arbitrio, perchè la dispo=
sizione è possibile solo con l'autorizzazione dei supe=
riori; in altri termini colui che fa voto di semplice
povertà, si trova in condizioni analoghe al mino=
re emancipato.

È evidente adunque che i membri di associazione,
anche sotto l'aspetto pratico, non solo per la legge ci=
vile, ma anche per la legge canonica, possono essere
proprietari. Non restano oramai che quelle poche
associazioni religiose in cui si fa voto solenne di po=
vertà; il voto solenne di povertà della legge cano=
nica importa proibizione assoluta di possedere; ma
ciò per le leggi canoniche antiche, non per le moder=
ne; il pontefice che dispone praeter ius e contra
ius, oggi suole dispensare anche quelli che appar=
tengono ad un ordine religioso che impone il voto
solenne di povertà, dall'incapacità di possedere in
proprio.

Ecco dunque come, esaminando la questione, sotto
l'aspetto del diritto canonico, noi troviamo che que=
sti affiliati alle associazioni religiose, anche in co=
scienza, anche secondo le loro leggi, possono essere ca=
paci di acquistare. Se poi essi in realtà, invece di
godere dei beni per sè, se ne servono per il raggiungi=

mento degli scopi sociali, nell'interesse della comunità, ciò non importa che, giuridicamente, il soggetto dei beni sia la comunità stessa. Ognuno fa dei beni propri quello che vuole; come se ne può servire per scopo egoistico, così può usarne per scopo meramente altruistico. L'obbligo che hanno i religiosi di servirsene pei gli scopi di vita comune, è un obbligo morale, che il diritto, come non garentisce, così non può condannare. Perciò, non essendovi alcun serio argomento per dimostrare che le associazioni religiose siano incapaci di ricevere, ne viene la conseguenza che non può l'interposizione di persona, mezzo a cui ordinariamente si ricorre, considerarsi come compiuta in frode della legge, e quindi illecita. Si capisce la frode alla legge quando c'è una persona interposta a favore di un'altra incapace, ma se l'associazione è capace di ricevere direttamente, è anche capace di ricevere indirettamente. Così abbiamo dimostrato che le associazioni religiose sono capaci di possedere, sempre però quando il testatore abbia manifestata la volontà di beneficare un'associazione determinata, quei dati individui che si trovano in un rapporto di associazione qualsiasi, e non già quando abbia inteso beneficare la associazione astrattamente considerata, indeterminata.[1]

---

[1] La Cass. di Roma che prima aveva amesso la capacità di ricevere delle associazioni religiose, mutò opinione sulla requi=

Questa nostra teoria non può essere chiamata clericale, anzi è una teoria liberale, la quale giova non soltanto alle associazioni religiose, ma può giovare anche alla loggia massonica. Infatti se alcuno fa un legato a favore della loggia massonica tale di Catania, intendendo rivolgere il suo beneficio a coloro che sono ascritti a quella loggia al momento della sua morte, questa disposizione è valida o nulla? Se si segue la teoria del Laurent tale disposizione è nulla, perchè la massoneria non può avere un riconoscimento giuridico, dati i suoi scopi segreti. Invece se si segue la nostra teoria che ogni società, purchè non abbia uno scopo criminoso o illecito, è capace di ricevere, non come unità astratta, ma come una collettività di individui determinati, anche la loggia massonica sarà capace di ricevere.

Ma si dirà: Perchè mai quando si tratta di fondazioni a scopo di culto non è possibile nemmeno la esistenza di fatto di queste fondazioni, mentre quando si tratta di corporazioni religiose, riesce possibile che queste esistano di fatto?

La fondazione di fatto avente scopo di culto non è possibile, cioè non è possibile l'esistenza di un patri-

---

sitoria del Mortara, con sentenza 23 marzo 1908, e dopo di questa sentenza, la giurisprudenza si è pronunciata per la nullità dei lasciti. Contro tale giurisprudenza ci fu fra gli altri Venzi. Nota alle Istituzioni del Pacifici-Mazzoni, VI. pag. 361 e seg.

monio autonomo destinato a scopo di culto, non riconosciuto come persona giuridica; mentre secondo la nostra teoria, è possibile una associazione monastica che vive senza riconoscimento giuridico; perchè mai si deve usare diverso trattamento per due specie di enti, se tutte e due le specie sono state disconosciute dalla legge? La ragione di tale disparità di trattamento, si trova prendendo la frase esistenza di fatto nel suo vero senso, non in quella in cui vogliono prenderla gli autori. Che significa ente esistente di fatto?

Questa frase può significare due cose: può significare che l'ente esiste in fatto in contravvenzione alla legge, e può significare che esiste l'elemento di fatto che, ove fosse congiunto all'elemento giuridico del riconoscimento, formerebbe la persona giuridica. Ora quando si dice che gli enti proibiti dalla legge non possono esistere nemmeno in fatto, si dice una cosa esatta, ma inutile, se per esistenza di fatto si intende l'esistenza dell'ente autonomo, cioè dell'ente avente carattere unitario, nonostante la mancanza di riconoscimento.

Questo non è possibile: non si può avere un ente che abbia carattere autonomo, senza che vi sia il riconoscimento; quindi esistenza di fatto in questo senso, cioè senza il riconoscimento giuridico, è un assurdo. Ma se invece si prende la parola esistenza di fatto nel significato di esistenza dell'elemento di fatto ne=

cessario per la persona giuridica, allora bisogna distin=
guere i varii casi. Ogni persona giuridica consta di due elementi: l'elemento o stato di fatto e l'elemen=
to formale o giuridico. Questo è comune a tutte le persone giuridiche, ed è riconoscimento dello stato.
Ma l'elemento di fatto varia da persona giuri=
dica a persona giuridica. Per le persone giuridi=
che che hanno carattere di corporazione, l'elemen=
to di fatto è dato dall'insieme di più persone; invece l'elemento di fatto delle fondazioni è dato dal patrimonio autonomo destinato ad uno sco=
po. Ora quando la legge proibisce le fondazioni di culto, che cosa proibisce? Proibisce soltanto il ric=
noscimento, o proibisce anche l'esistenza di questo e=
lemento di fatto?

La legge proibisce le fondazioni di culto principal=
mente a riguardo dell'elemento di fatto, che agli occhi della legge appare contrario alla economia nazionale. Ora il patrimonio vincolato è l'elemen=
to di fatto delle persone giuridiche che si chiamano fondazioni, e quindi la legge, proibendo le fonda=
zioni di culto, doveva per necessità proibire anche la semplice esistenza dell'elemento di fatto di esse, perchè fu in vista appunto di questo elemento di fat=
to che si indusse a proibirle. Invece l'elemento di fat=
to delle corporazioni anche monastiche, qual'è?
È l'associazione.

Ora l'associazione come elemento di fatto, non è pun=

to proibita dalla legge, perchè come abbiamo visto, il diritto di associazione è concesso a tutti i cittadini, compresi anche i frati e le suore. Dunque non l'elemento di fatto delle associazioni fu proibito dalla legge; ciò che fu proibito fu l'elemento formale, soltanto quello che si chiama riconoscimento. Perciò mentre per le fondazioni non è possibile nemmeno l'esistenza di fatto, perchè fu appunto in vista di questo elemento che la legge le proibì, per le associazioni monastiche o religiose, invece è possibile l'esistenza dell'elemento di fatto perchè essa è conforme ai principii generali di diritto.
Così per queste associazioni, mentre non è possibile la loro esistenza giuridica come enti unitari, è possibile la loro esistenza di fatto, come associazioni semplici, ossia come collettività di persone fisiche.

---

§97. Capacità di ricevere per testamento.

Abbiamo così completato il nostro discorso intorno al primo requisito delle persone chiamate a ricevere, cioè l'esistenza di esse: passiamo ora ad un altro requisito: la capacità. Non solo la persona chiamata a ricevere deve esistere alla morte del testatore, ma deve essere capace; cioè non solo è necessaria la così detta capacità assoluta, ma è anche necessaria la capacità relativa. Vi sono casi di incapacità relativa, cioè in cui la persona

chiamata a succedere esiste fisicamente, ma per una ragione speciale non può succedere ad una data persona. A questo punto è bene distinguere l'incapacità di ricevere per testamento dall'incapacità di accettare una liberalità testamentaria: sono due concetti diversi e che pure spesso vengono confusi. La differenza che passa tra l'incapacità a ricevere per testamento e l'incapacità di accettare una liberalità testamentaria, è quella stessa che passa tra capacità di diritto e capacità di agire. Per principio generale di diritto, una persona può essere capace di diritti, ma incapace di esercitare da sè questi diritti: ora questa differenza fondamentale si ripercuote rispetto alla capacità di ricevere per testamento o donazione, quando si dice che alcuno è incapace di ricevere per testamento, si dice che egli manca di diritto di ricevere; invece quando si dice che alcuno è incapace di accettare una liberalità testamentaria, si riconosce che questa persona ha diritto di ricevere, ma non ha la potestà di esercitare da sè questo diritto, cioè di compiere l'accettazione.

Facciamo un esempio. Le persone giuridiche sono capaci di ricevere se esistono al tempo della morte del testatore; ma sono anche capaci di accettare da sè? No, hanno bisogno dell'autorizzazione governativa; quindi le persone giuridiche hanno capacità del diritto di succedere, ma non hanno

capacità di esercitare da sè questo diritto; i minori, gli interdetti, i concepiti non ancora nati, sono capaci di ricevere, ma non sono capaci di accettare, in loro vece devono accettare i genitori, i tutori.
Adunque l'incapacità di ricevere non si deve confondere con l'incapacità di accettare, perchè l'incapacità di accettare presuppone anzi la capacità di ricevere, come l'esercizio di un diritto presuppone la esistenza del diritto stesso.
Premessa questa idea fondamentale, passiamo a parlare degli incapaci di ricevere i quali si distinguono in due categorie; alcune persone sono incapaci di ricevere parzialmente, altre invece sono incapaci di ricevere totalmente.

---

## §98. Incapacità dei figli naturali.

Parliamo prima degli incapaci a ricevere parzialmente. Anzitutto si presentano i figli naturali semplici: art. 768: "I figli naturali non legittimati se vi sono discendenti od ascendenti legittimi del testatore, sono incapaci di ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisca loro per successione intestata".
Evidentemente in questo articolo si stabilisce una incapacità di ricevere relativa e parziale: incapacità di ricevere relativa perchè si richiede che esista tra il testatore e il successore il rapporto di filiazione e non c'è incapacità assoluta di ricevere da qualsiasi persona, ma solo dal testatore che sia il

genitore. Vi è incapacità parziale, perchè i figli naturali possono ricevere entro certi limiti.

L'incapacità dei figli naturali esiste solo quando vi siano discendenti o ascendenti legittimi del testatore. Se non vi sono discendenti o ascendenti legittimi del testatore, ma vi sia il coniuge superstite, o altri parenti, i figli naturali sono capaci di ricevere tutto ciò che al testatore piaccia lasciare. Quindi si tratta di una incapacità parziale. La misura di questa incapacità è data dalla legge stessa: cioè quando vi siano discendenti o ascendenti legittimi del testatore, i figli naturali non possono ricevere più della quota che per legge spetterebbe loro nella successione *ab intestato*; sicchè dentro questi limiti essi possono succedere per testamento.

Ma basta il semplice fatto materiale di essere figlio naturale di una persona per essere incapace?

No, ma è necessario che il rapporto di filiazione naturale risulti da una prova precostituita, cioè risulti o dal riconoscimento dei genitori o dalla dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, perchè, anche se sia notorio che Tizio è figlio naturale di Caio, ma se non è stato mai riconosciuto come tale, nè ci sia la sentenza che abbia fatta tale dichiarazione, Tizio può essere istituito nell'intiero patrimonio, al di là, cioè, dei limiti posti dalla legge; giacchè si deve considerare come un estra=

neo qualsiasi, nè da alcuno si può, allo scopo di fare dichiarare la incapacità, ricorrere all'indagine sulla paternità che è proibita dalla legge.
Il dubbio nasce nel caso che la filiazione naturale risulti in uno dei modi indicati nell'articolo 193.
Ma, siccome tale questione è comune ai figli adulterini o incestuosi, ne tratteremo fra poco discorrendo dei figli adulterini ed incestuosi. A proposito dei quali l'art. 767 dice: "I figli del testatore nati fuori del matrimonio, dei quali non è ammesso il riconoscimento legale, sono soltanto capaci di conseguire gli alimenti„ Mentre quindi i figli naturali possono avere una quota di eredità limitata, anche in concorso con i discendenti e gli ascendenti, e possono avere tutta l'eredità, senza limiti di sorta se non vi è quel concorso, invece i figli adulterini e incestuosi, per i quali non è possibile il riconoscimento, non possono ricevere per testamento più di quanto è necessario per gli alimenti, in tutti i casi. La legge riserva ai figli adulterini e incestuosi nella successione testata, lo stesso diritto che loro concede durante la vita del genitore, e lo stesso diritto che loro concede nella successione legittima.
Ma quand'è che si può dire ad un figlio: tu sei adulterino o incestuoso, e quindi non puoi ricevere che i soli alimenti? Qui sta la gravità della questione.
Alcuni hanno detto: sempre si può dimostrare la

incapacità dei figli adulterini o incestuosi, provan=do appunto il rapporto di filiazione. Il Codice ci=vile che cosa vieta nell'articolo 193 in principio?
La indagine sulla paternità o maternità degli adulterini o incestuosi, nel senso che vieta ai figli di fare un giudizio per costituire legalmente il rapporto di filiazione, vieta cioè l'azione diretta di paternità o maternità; ma non vieta l'inda=gine indiretta che abbia uno scopo diverso da quel=lo di costituire il rapporto di filiazione.
L'indagine perciò è proibita al figlio, non già a=gli estranei, i quali non avrebbero lo scopo di far sorgere i diritti e i doveri di filiazione o di pa=ternità.
Questa opinione non è stata seguita da alcu=no perchè contraria allo spirito della legge. È vero che la legge proibisce al figlio di fare quell'inda=gine, ma se parla del figlio soltanto è perchè il fi=glio è il principale interessato, quindi se l'ha proibi=ta al figlio, l'ha proibita implicitamente a tutti gli altri. Ciò che la legge proibisce è l'indagine per sè stessa in quanto muove dal presupposto che tale indagine potrebbe dar luogo a processi scandalosi che si vollero evitare. Ora a tale inconveniente da=rebbe luogo non solo l'indagine promossa dal figlio, ma anche da parte di qualunque estraneo. Inoltre, se la legge non ha voluto questa indagine quando essa dovesse riuscire favorevole al figlio, meritevole

certo di ogni protezione, a tanto maggior ragione l'ha inteso proibire quand'essa riuscirebbe contraria agli interessi del figlio. Ora, se è così, come si fa a vedere se il figlio è adulterino od incestuoso, per ritenerlo incapace di ricevere per testamento?
Alcuni hanno detto, andando all'estremo opposto che non è possibile mai far dichiarare un individuo come figlio adulterino o incestuoso, e quindi incapace, appunto perchè l'indagine non è mai possibile; cosicchè l'art. 767 resterebbe lettera morta. Il legislatore avrebbe detto che i figli adulterini o incestuosi sono incapaci, ma siccome manca il modo di provare questa incapacità, essi sarebbero capaci sempre.
Ma nemmeno questa opinione ha trovato seguito. Prima di negare il valore ad una disposizione legislativa, bisogna provare come la sua attuazione sia impossibile, il che non è nel caso nostro. Perciò l'opinione dominante ritiene che, pur non essendo possibile l'indagine per nessuno scopo, nondimeno la legge stessa ci presenta alcuni casi in cui, senza indagine alcuna, risulta da prova precostituita il rapporto di filiazione adulterina e incestuosa.
E questi sono i casi indicati dall'art. 193 capoverso, cioè quelli in cui il rapporto di filiazione, risulti da sentenza civile o penale, da matrimonio dichiarato nullo, o dalla dichiarazione esplicita per iscritto dei genitori. Cosicchè, quando vi siano questi

fatti che siano precedenti all'apertura della successione, poiché indubbiamente da essi risulti il rapporto di filiazione adulterina o incestuosa, ne risulta anche la incapacità. Perciò tra le due opinioni estreme, una la quale concede sempre la facoltà di promuovere indagini per desumere la incapacità, e l'altra che nega in ogni caso, l'opinione comune è l'intermedia, cioè che vi sia l'incapacità solo quando si tratta dei casi indicati nell'art. 193. Però, si noti, questa opinione se è accolta così nel suo complesso, è discussa nei suoi particolari, giacché, pur ritenendo la maggior parte degli autori che l'art. 193 sia applicabile si discute se sia applicabile in tutto o in parte.

Nell'art. 193 sono indicati tre casi: il caso in cui il rapporto di filiazione risulti indirettamente da sentenza civile o penale; il caso in cui risulti da un matrimonio dichiarato nullo, e quello in cui risulti da dichiarazione esplicita dei genitori.

Ora, mentre tutti sono di accordo nel ritenere che ove la filiazione adulterina o incestuosa risulti da matrimonio dichiarato nullo, o da sentenza civile o penale, si abbia incapacità, non sono d'accordo nel caso che risulti da dichiarazione esplicita dei genitori.

Insomma la questione ardente si agita sull'applicabilità o meno del numero terzo dell'art. 193. Alcuni dicono: il numero 3 dell'articolo 193 è applicabile sempre, cioè quando il rapporto di filiazio

ne adulterina o incestuosa risulti da esplicita di=
chiarazione dei genitori, c'è sempre incapacità; al=
tri sostengono il contrario, cioè che ove quel rappor=
to risulti da esplicita dichiarazione dei genitori, non
c'è incapacità, altri sostengono che bisogna vedere co=
me quella dichiarazione è fatta. Se è fatta per atto
pubblico, allora c'è la prova piena della incapacità,
se per atto privato, allora c'è capacità. Esaminia=
mo le singole opinioni.
Quelli che dicono che il numero 3 di quest'arti=
colo non sia applicabile per desumere la incapacità
del figlio adulterino od incestuoso, ragionano in
questo modo: la dichiarazione esplicita dei genito=
ri che cosa è? È un riconoscimento; ora il riconosci=
mento dei figli adulterini od incestuosi è nullo e
quod nullum est nullum producit effectum:
quindi come volete a questo riconoscimento dei figli
adulterini od incestuosi attribuire l'effetto di pro=
vare l'incapacità, se è un atto per sè stesso nullo?
La legge ha fatto eccezione a questo principio ge=
nerale solo per lo scopo degli alimenti, ciò vuol di=
re che non ha inteso fare eccezione per altri effetti.
Inoltre il numero 3 dell'art. 193 è un eccezione
al principio generale, introdotta a favore dei fi=
gli adulterini od incestuosi, per procurare un ef=
fetto favorevole ad essi: come può lo spirito della
norma diretta a favorire i figli adulterini o ince=
stuosi ritorcersi contro di essi e far dichiarare la loro

incapacità? Un terzo argomento è di indole storica. Questo numero 3 dell'art. 193 è la riproduzione dell'art. 187 del Codice Albertino, in cui si dice che la dichiarazione esplicita dei genitori rispetto ai figli adulterini o incestuosi, vale per l'unico effetto di concedere loro il diritto agli alimenti.

Coloro che sostengono che il numero 3 dell'art. 193 debba applicarsi sempre, dicono che l'art. 193 è un articolo unico che non si può scindere, in guisa che si può dire che nei primi due casi si può provare l'incapacità, nel 3° no; se unico è l'articolo, unica fu l'intenzione del legislatore, cosicchè non si può dire che nei primi due casi si può desumere l'incapacità, nel 3° no. Nè vale il dire che l'articolo 193 fu introdotto a favore e non contro i figli adulterini o incestuosi, perchè, se si fa valere questo argomento per il numero 3 dell'art. 193, bisogna farlo valere per gli altri due casi, perchè anche i casi in cui il rapporto di filiazione risulti da sentenza penale o civile, da matrimonio dichiarato nullo, furono introdotti a favore e non contro i figli adulterini o incestuosi. Dunque, se si nega l'applicazione del numero 3 perchè riuscirebbe contraria ai figli adulterini od incestuosi, bisogna negare l'applicazione degli altri due numeri.

La terza opinione è la più fondata secondo me, perchè tiene conto della parte di vero che esiste nelle due altre opinioni ed elimina la par=

te falsa. La parte di vero nella prima opinione consiste in ciò che non sempre il fatto della dichiarazione dei genitori equivale alla prova che risulta da un matrimonio dichiarato nullo, o da sentenza civile o penale, poichè, se il riconoscimento è fatto per atto pubblico, la prova è piena, perchè l'atto pubblico fa piena fede dei fatti che sono seguiti alla presenza del pubblico ufficiale, e quindi si ha una prova di valore uguale a quella che risulta da sentenza civile o penale o da matrimonio dichiarato nullo. Ma se invece la dichiarazione sia fatta per atto privato, questa dichiarazione non può avere la stessa efficacia della prova risultante da sentenza civile o penale, o da matrimonio dichiarato nullo, perchè in materia specialmente di stato, la scrittura privata non fa prova, in materia di stato essa costituisce soltanto un principio di prova, una prova incompleta, che deve essere completata con altre prove.

Ora, se ciò è vero, ne deriva che siccome non si può completare questa prova incompleta, perchè la indagine sulla maternità o paternità è proibita, ne viene di conseguenza che, ove vi sia la dichiarazione dei genitori per scrittura privata, siccome essa non ha piena efficacia probatoria, non si può ritenere provata l'incapacità.

Non è vero che l'articolo 193 sia inscindibile; l'articolo prevede dei casi diversi che non hanno

la stessa efficacia; non si può equiparare il caso in cui l'incapacità risulti da dichiarazione dei genitori contenuta in scrittura privata al caso in cui la filiazione risulti da sentenza civile o penale, caso in cui c'è piena prova.

E d'altra parte non è esatto dire che giammai tale dichiarazione valga a provare l'incapacità, perchè il riconoscimento essendo nullo, non produce alcun effetto; la massima *quod nullum est nullum producit effectum*, significa che un atto non può produrre l'effetto a cui era preordinato e a cui mirava l'intenzione delle parti, ma non significa che non esiste un atto materiale, che può avere un effetto diverso da quello voluto. Se si fa il riconoscimento di un figlio adulterino o incestuoso in un atto pubblico, per la massima "*quod nullum est nullum producit effectum*" quest'atto non può far nascere il rapporto legale di filiazione e i diritti e i doveri corrispondenti: ma non significa già che non esista l'atto pubblico che costituisce la prova della dichiarazione del genitore.

Dunque se esiste un atto pubblico, se l'atto pubblico fa piena prova di ciò che si è svolto dinanzi al pubblico ufficiale, è chiaro che il riconoscimento del figlio adulterino o incestuoso fatto in atto pubblico fa piena prova. Se invece è fat-

to per atto privato, siccome la scrittura privata non fa prova piena in materia di stato, ma prova incompleta, in questo caso noi non possiamo dall'atto del genitore fatto per scrittura privata, desumere l'incapacità del figlio, ma dobbiamo desumere l'unico effetto che la legge gli concesse.

Questa opinione è la più degna di essere accolta. La stessa discussione si fa rispetto ai figli naturali semplici, se non vi sia legale riconoscimento o dichiarazione giudiziaria.

Come si può fare a dichiarare la loro incapacità? Non si può che applicare l'art. 193 nello stesso modo e negli stessi limiti in cui si applica ai figli adulterini od incestuosi.

Finalmente si domanda: Se nel testamento stesso sia indicata la qualità dei figli naturali o adulterini od incestuosi, quid iuris?

Supponiamo che alcuno dica: "Lascio il mio patrimonio a Tizio, mio diletto figlio" mentre Tizio risulta dai Registri dello stato civile come figlio di donna coniugata: questa dichiarazione è sufficiente a produrre la incapacità, oppure no?

Secondo me, bisogna distinguere testamento da testamento. Se questa dichiarazione è contenuta in un testamento pubblico, allora equivale al riconoscimento e ne vengono tutte le conseguenze tanto favorevoli che dan-

nose al riconoscimento. Quindi si desumerà la incapacità del figlio che non può ricevere più di quanto la legge gli attribuisce. Se invece la disposizione è contenuta in un testamento olografo, o in un testamento segreto, poichè abbiamo sostenuto che il riconoscimento fatto in un testamento segreto o in un testamento olografo non giova al figlio naturale per gli effetti benefici, così dobbiamo dire che non gli nuoce per gli effetti dannosi; onde, nonostante tali dichiarazioni, si avrà piena capacità di ricevere. Nè si può dire, come hanno detto alcuni, seguaci della giurisprudenza francese, che quando il testatore dice: "lascio a Tizio il mio patrimonio, perchè è mio figlio naturale, o adulterino, o incestuoso„ si abbia così una disposizione illecita per la causa, perchè, come abbiamo visto a suo tempo, la disposizione testamentaria, ancorchè abbia un motivo illecito, è sempre valida, e poi, a rigore, non si può dire che sia un motivo illecito quello che ha indotto il testatore a testare in favore del figlio naturale o adulterino, o incestuoso.

Ciò che è illecito è il fatto di procreare fuori matrimonio, ma non già il fatto di beneficare la prole che è innocente delle colpe dei genitori.

Dunque, da qualunque punto di vista si

guardi la cosa, se la dichiarazione non si trova contenuta in un testamento pubblico, essa non produce efficacia contro i figli naturali sempli= ci o adulterini, o incestuosi.

---

## §98. L'incapacità del coniuge binubo.

Un'altra incapacità relativa e parziale è quel= la del coniuge binubo, art 770: « Il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio »
Questo articolo deriva da una costituzione de= gli imperatori Leone ed Antonino riprodotta poi dal Codice Giustinianeo
La ragione di questo divieto si comprende fa= cilmente: il padrigno e la madrigna non hanno alcun affetto verso i figliastri, quindi cercano di influire sull'animo del coniuge per= chè lasci a quelli il meno possibile per avere co= sì essi una porzione maggiore di eredità. Per evitare siffatta malevola influenza la legge sta= bilisce che il binubo non può lasciare al nuovo coniuge, cioè al padrigno o alla madrigna dei figli avuti dal precedente matrimonio, più di quanto lascia al meno favorito di costoro. Vedia= mo quali siano le condizioni perchè si verifichi que= sta incapacità. Anzitutto il testamento deve es=

sere binubo; perchè possa essere binubo è necessario che abbia contratto due o più matrimonii validi; se il primo matrimonio è stato dichiarato nullo, ancorchè sia putativo, non c'è la qualità del binubo. Quando poi la legge parla del binubo, si deve intendere che si riferisca non soltanto al maschio, ma anche alla donna, e che inoltre contempli non solo il caso che il testatore sia passato a seconde nozze, ma anche se a terze a quarte nozze.

In secondo luogo è necessario che la persona del successore abbia la qualità di coniuge binubo cosicchè se il 2°, il 3°, il 4° matrimonio sia un matrimonio nullo, ancorchè putativo, la persona sposata invalidamente non essendo vero coniuge non è incapace; perchè è vero che il matrimonio putativo produce gli effetti del matrimonio valido, ma nel senso soltanto che restano salvi i diritti acquistati dal coniuge di buona fede prima della sentenza di annullamento non per altro

Ma in qual momento deve trovarsi la qualità di coniuge per avere l'incapacità? Al momento in cui si fa il testamento, o al momento della morte del binubo? La questione può nascere in questo caso. Un tale ha fatto un testamento a favore di una persona con la quale non ha ancora contratto matrimonio: Tizio, vedovo, testa a favore di Caia che è sempli-

cemente una sua amica poi, dopo fatto il testa=
mento, sposa questa donna_ Se ha disposto in mo=
do da lasciarle una parte del patrimonio mag=
giore di quella lasciata al figlio meno favorito
di primo letto, questa donna è incapace o no?_
Secondo alcuni, la qualità di coniuge deve tro=
varsi solo al tempo in cui si fa testamento sicchè
se alcuno abbia lasciato una parte di beni superio=
re a quella data al figlio di primo letto, a chi non
era coniuge al tempo del testamento, la persona
beneficata ha capacità di ricevere, ancorchè dopo
sia divenuta coniuge del testatore_
Perchè, si dice, qual'è la ragione per cui la legge
ha stabilito questa incapacità?_ La ragione è sta=
ta quella di evitare l'influenza malefica che il
coniuge poteva esercitare sul binubo a danno
dei figli di primo letto, ma quando una per=
sona viene beneficata nel tempo in cui, non es=
sendo coniuge del testatore, non poteva esercita=
re tale influenza, manca la ragione della legge.
Ora a noi pare che simile ragionamento non
sia esatto perchè principio generale è che per giu=
dicare intorno alla validità delle disposizioni
testamentarie, bisogna aver riguardo al mo=
mento della morte, in cui il testamento diven=
ta perfetto, al momento cioè in cui la disposizio=
ne testamentaria viene ad avere efficacia, tran=
ne che la legge non abbia disposto diversamente.

Ora la legge parla semplicemente del coniuge binubo incapace di ricevere quindi bisogna che tale incapacità sussista al tempo in cui muore il testatore, ma basta che sussista in questo tempo: onde poco importa se non esisteva al tempo in cui fu fatto il testamento, perchè è al momento in cui muore il testatore che bisogna guardare per giudicare della validità o no di una disposizione testamentaria.
Del resto la lettera della legge ci autorizza a ritenere che il Legislatore abbia voluto riferirsi al momento della morte: infatti nell'art. 770 si dice: «il binubo non può lasciare al nuovo coniuge, etc...» Ora quando è che si lascia effettivamente? Il lascito effettivamente avviene con la morte del testatore.
Se il testamento prima della morte è, come dicono i francesi, un progetto, o, come dicono i tedeschi, un atto giuridico imperfetto, non si può dire, prima della morte, che il testatore ha lasciato questo o quello.
Un'altra condizione è che esistano figli del precedente matrimonio: se esistono figli semplicemente naturali, figli adottivi o figli legittimati per decreto reale, il coniuge del binubo non è incapace. La legge infatti pone questa incapacità per favorire i figli del precedente matrimonio, per fare cioè che i figli del precedente

matrimonio non siano in condizioni inferiori al coniuge del binubo, ma se dal precedente matrimonio non siano nati figli ancorchè al tempo della morte il testatore si trova ad essere binubo, anche se vi siano figli naturali o adottivi o legittimati per decreto reale, evidentemente, siccome i figli naturali, adottivi o legittimati per decreto reale non si possono qualificare come figli di un precedente matrimonio, l'incapacità del nuovo coniuge non esiste. È necessario anche che i figli del precedente matrimonio prendano parte alla successione. Perchè essi sono incapaci di succedere, come se fossero indegni, o fossero premorti, non vi è l'incapacità del nuovo coniuge.

Nel momento in cui il testatore binubo ha fatto testamento, esiste un figlio del precedente matrimonio, egli ciò non ostante, ha lasciato al coniuge più di quanto ha lasciato a quel figlio. Orbene se questo figlio premuore al testatore senza lasciare prole egli è come se non fosse mai esistito, perchè è nel momento della morte che si determina l'eguaglianza e la diseguaglianza dei figli rispetto al coniuge binubo. Anche se i figli nati da precedente matrimonio esistono, ma siano indegni di ricevere, è come se non esistessero, e quindi non c'è incapacità del coniuge binubo, e infine, anche se i figli esistano e siano

degni di succedere ma rinunziano all'eredità sì= come la legge dice che il rinunziante si ha per non mai chiamato, e il caso della rinunzia equi- vale al caso della non esistenza, il coniuge del binubo non è incapace. Ma se i figli del prece= dente matrimonio rinunziano, nasce la questio= ne: i figli di secondo letto, cioè i figli procreati col coniuge vivente, hanno essi il diritto di fa= re ridurre il lascito eccessivo fatto al coniuge su= perstite, cioè al loro genitore, solo perchè al mo= mento in cui fu fatto il testamento ed anche al tempo della morte, esistevano i figli del prece= dente matrimonio?

È indubitato che se i figli del precedente ma= trimonio agiscono per la riduzione del lascito eccessivo fatto al coniuge del binubo, di questa riduzione possono giovarsi anche i figli di secon= do letto, cioè i figli del coniuge incapace. Ma questo vantaggio dei figli di secondo letto presup= pone il diritto esistente a favore dei figli di pri= mo letto - invece se il diritto a favore dei figli di primo letto non esiste per una ragione qualsia= si, o per premorienza, o per indegnità, o per ri= nunzia, i figli di secondo letto, non avendo un diritto proprio, ma solo un diritto riflesso, non possono pretendere che sia ridotta la disposizio= ne fatta a favore del loro genitore, nonostan= te che questo sia coniuge di un binubo, perchè

il loro diritto è dipendente dal diritto dei figli del precedente matrimonio, in favore dei quali la legge ha posto questa incapacità.

La questione più grave è quella che riguarda il modo di calcolare l'eccedenza del lascito fatto dal binubo a favore del nuovo coniuge, in confronto di ciò che si lascia al figlio meno favorito di primo letto. Come si deve fare questo calcolo? Si deve guardare a ciò che in fatto riceve il figlio meno favorito di primo letto, a qualunque titolo riceva, sia pure a titolo di sola legittima, o solo a ciò che riceve a titolo di disponibile? L'eccedenza deve essere di fatto, o di diritto soltanto?

Se il figlio di primo letto ha la sola legittima, il coniuge del binubo deve avere la sola legittima, oppure può avere una porzione disponibile uguale materialmente a ciò che il figlio di primo letto riceve solo a titolo di legittima?

Per es. il figlio di primo letto non ha altro che £ 5000 perchè tale somma gli spetta come figlio legittimo; il padre non gli ha lasciato niente di più; invece ha lasciato al coniuge superstite £ 5000 in proprietà. Ora le 5000 lire in proprietà lasciate al coniuge superstite, rappresentano giuridicamente qualche cosa di più delle 5000 lire che spettano al figlio di primo letto, perchè le 5000 lire che spettano a questo figlio di primo letto, non

sono effetto della liberalità del testatore, ma sono un effetto proveniente ex lege. Invece le £ 5000 del coniuge superstite non gli spettano per legge, perchè per legge al coniuge superstite spetta solo l'usufrutto ma rappresentano una vera liberalità. Si può dire in questo caso che il coniuge sia stato più favorito del figlio di primo letto, oppure si deve dire che non è stato più favorito?
Se si guarda alla sola lettera della legge, si deve dire che il coniuge superstite è stato più favorito perchè la legge dice "Il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio.
Parrebbe quindi che debba esservi una vera liberalità da parte del testatore perchè si parla di lasciare, di favorire: ora quando il padre lascia al figlio la legittima, non gli lascia niente, non lo favorisce in nessun modo; e perciò se lascia al coniuge superstite una porzione materialmente uguale a quella che il figlio riceve a titolo di legittima il coniuge riceve qualche cosa di più.
Ma la questione deve essere risoluta nel senso che bisogna badare all'eccedenza di fatto, non all'eccedenza di diritto, cioè, per vedere se vi sia eccedenza della quota del coniuge superstite rispetto a ciò che ha ricevuto il figlio ma=

no favorito di primo letto, non bisogna badare a che titolo il figlio di primo letto abbia l'eredità, se a titolo di legittima o a titolo di disponibi=le, ma bisogna fare un semplice calcolo arit=metico; bisogna vedere se in fatto ci sia o no eccedenza; cosicchè se materialmente il figlio di primo letto ha avuto £ 5000 ed altrettanto il coniuge superstite, non c'è eccedenza; poco importa che le £ 5000 del coniuge superstite sia=no a titolo di disponibile, e le 5000 lire del fi=glio di primo letto siano la semplice legittima.
Ciò che la legge volle evitare è la superiori=tà di fatto dell'una sull'altra quota, non già la superiorità di diritto; nè vale il dire che la legge ha detto "meno favorito" dei fi=gli del precedente matrimonio, perchè la pa=rola favorire è usata qui in senso volgare, nel senso cioè in cui si usa per denotare non sol=tanto una vera e propria liberalità; ma an=che tutto ciò che in fatto una persona riceve in forza di successione.
Così nel linguaggio comune si usa la frase la=sciare la legittima, mentre a rigor di termi=ni la legittima non si lascia poichè non è ob=bietto di lascito, ma è obbietto di disposizione di legge. Inoltre questa frase volgare, adope=rata dal legislatore ha una ragione storica, in quanto che per diritto romano, anche la

legittima doveva essere oggetto di speciale dispo=
sizione testamentaria; e perciò è rimasta la fra=
se lasciare la legittima, mentre a rigore non sa=
rebbe una frase propria.

Del resto, anche nella stessa costituzione del=
l'imperatore Leone, si parla di lasciare in senso
improprio, nel senso cioè di qualunque emolu=
mento che possa provenire dall'eredità. Perchè
poi il calcolo sia esatto, è naturale che bisogna fare la
imputazione delle donazioni, tanto nella porzio=
ne spettante al figlio meno favorito del precedente
matrimonio, quanto nella porzione spettante al
coniuge superstite. Per vedere se ci sia o no egua=
glianza o disuguaglianza tra l'una e l'altra
quota, bisogna che nella quota spettante al fi=
glio del precedente matrimonio, si calcoli non so=
lo ciò che egli ha avuto a titolo di legittima, ma
anche ciò che ha avuto a titolo di donazione;
se il genitore ha fatto a questo figlio delle dona=
zioni, ha costituito la dote o ha fatto assegni
per la costituzione del patrimonio sacro, che tut=
te queste donazioni, ancorchè fatte, con la di=
spensa della collazione, debbono imputarsi nel=
la quota allo scopo di vedere se ci sia disugua=
glianza rispetto a ciò che riceve il nuovo coniu=
ge. Alla sua volta questi deve calcolare nella
propria quota tutto ciò che ha ricevuto a titolo di
donazione durante la vita del defunto; perchè so=

lo così si può stabilire se vi sia diseguaglianza di fatto, tra ciò che riceve il coniuge superstite e ciò che riceve il figlio del precedente matrimonio.
Ma quali donazioni fatte al coniuge superstite debbono imputarsi?
Le donazioni senza dubbio derivanti dalle convenzioni matrimoniali, perchè è vero che si potrebbe dire che in quel momento chi riceve non è il coniuge, ma un semplice fidanzato, d'altro canto però è anche vero che quelle donazioni si fanno in vista del futuro matrimonio; e quindi si fanno, avuto riguardo alla qualità di futuro coniuge. Anche se per caso, durante il matrimonio siansi fatte delle donazioni, sebbene le donazioni fra i coniugi siano nulle, pure, ove non siano state annullate, debbono sempre venire calcolate. Una sola donazione non deve essere calcolata, ed è quella che il binubo abbia fatto a chi poi gli diventò coniuge in un tempo in cui non c'era nemmeno la prospettiva di matrimonio, perchè si tratta di donazione ricevuta non nella qualità di coniuge, ma nella qualità di un estraneo qualsiasi. La legge parla del "figlio meno favorito del precedente matrimonio".
La frase non è molto esatta. A prima vista parrebbe che per esservi incapacità nel nuovo coniuge, il binubo abbia dovuto favorire maggiormente alcuni figli di fronte agli altri.

Ma non è questo il concetto della legge. Anche se il testatore abbia trattato egualmente tutti i figli del precedente matrimonio, c'è sempre l'incapacità del coniuge superstite, cioè il coniuge non può ricevere più di quanto riceve ognuno di questi figli, anche se essi ricevano parti eguali.

Nè è esatta l'altra frase della legge "del precedente matrimonio„ Supponiamo che vi siano stati più matrimonii ed il coniuge superstite sia il terzo: l'incapacità del coniuge deve forse commisurarsi soltanto rispetto ai figli del secondo matrimonio e non già anche rispetto a quelli del primo? Evidentemente rispetto a tutti. Quando la legge parla di precedente matrimonio, fa l'ipotesi più comune che i matrimonii siano due, ma se sono tre, quattro, la incapacità del coniuge esiste rispetto a tutti i figli dei due o tre precedenti matrimonii.

---

## § 99. A chi giova l'eccedenza del lascito fatto alle persone parzialmente incapaci.

Abbiamo studiato così l'incapacità dei figli naturali, dei figli adulterini od incestuosi e del coniuge del binubo; abbiamo visto che le disposizioni fatte in favore di queste persone non sono nulle, ma sono riducibili, cioè nulle in parte, vale a dire soltanto per l'eccedenza.

Ora questa eccedenza che deve essere diffalcata dalla disposizione testamentaria in favore di chi andrà? Gli autori trattano la questione a proposito del coniuge binubo, mentre essa deve farsi anche a proposito dei figli naturali, perchè la soluzione è identica. Bisogna distinguere vari casi: Anzitutto bisogna considerare il caso che l'incapace, figlio naturale o coniuge binubo, abbia un legato, o sia istituito erede con diritto di accrescimento con altre persone capaci: Tizio istituisce erede di tutto il disponibile il figlio naturale più un estraneo con diritto di accrescimento, pur esistendo discendenti legittimi. Evidentemente qui c'è eccesso di disposizione, la quale deve essere ridotta; cioè deve detrarsi dalla quota del figlio naturale tutto ciò che sorpassa la quota che gli spetterebbe *ab intestato*.

Supponiamo il caso che il testamento del binubo abbia istituito erede della disponibile il coniuge superstite insieme ad un altro estraneo col diritto di accrescimento. Il coniuge non potrà ricevere più di quanto riceve il figlio di primo letto. Ma la eccedenza, in favore di chi va? Evidentemente in questi casi si deve ritenere che l'eccedenza, cioè quello che si deve detrarre dalla quota del figlio naturale o del coniuge del binubo, vada a favore di colui che è congiunto con l'incapace col diritto di accrescimento, perchè l'efficacia del di=

ritto di accrescimento è questa, che quando due persone sono istituite eredi o hanno avuto dei legati congiuntamente, se uno non vuole o non può accettare il lascito, gioverà all'altro.

Ora nel nostro caso, siccome si tratta di incapacità parziale, si avranno le stesse conseguenze che se si trattasse di incapacità totale: come se uno dei chiamati congiuntamente fosse premorto o indegno, o rinunziante, l'altro si giova di tutto il lascito, così quando l'incapacità è parziale, gli altri chiamati congiuntamente si avvantaggeranno della sola eccedenza (art. 879).

Supponiamo ora che vi sia stata sostituzione, cioè che il testatore abbia detto: "Lascio tutto il disponibile a mio figlio naturale Tizio, e in mancanza a Sempronio mio amico„ oppure: "Lascio tutta la mia eredità al mio coniuge superstite e la legittima soltanto al figlio del precedente matrimonio; in sostituzione del coniuge superstite, nomino erede Sempronio, mio amico„

Per regola generale la sostituzione ha efficacia se il primo chiamato non possa o non voglia accettare. Il non potere accettare comprende il caso di incapacità, di premorienza o di rinunzia: cosicchè, se l'incapacità è totale, la sostituzione avrà efficacia per l'intero, se invece si tratta di incapacità parziale, il sostituto si avvan-

taggerà della disposizione testamentaria per quella parte di cui l'istituito non si potrà giovare, quindi nei casi del figlio naturale semplice e del coniuge del binubo, a cui siasi fatta sostituire perchè per l'eccedenza l'istituito non può accettare, essa gioverà al sostituito. Consideriamo ora un terzo caso: che a favore di un incapace parzialmente (figlio naturale o nuovo coniuge) sia fatto un semplice legato senza diritto di accrescimento con altri nè sostituzione. Se questo legato è in tutto o in parte eccessivo, in favore di chi andrà l'eccedenza?

Bisogna distinguere varii casi: se il legato era imposto a carico di un determinato erede, evidentemente gioverà all'erede che doveva pagarlo. Se il legato non sia a carico di un erede, ma sia a carico di tutta l'eredità, l'eccedenza gioverà proporzionalmente ai varii eredi secondo le varie quote.

Finalmente consideriamo il caso che sia lasciata una quota ereditaria ad un incapace, figlio naturale o coniuge del binubo, e sia data questa quota di eredità senza diritto di accrescimento, e senza sostituzione: l'eccedenza in questo caso, a chi gioverà? Allora si dovrà aprire la successione legittima, e quindi tutti i successibili ab intestato verranno ad avvantaggiarsi dell'eccedenza.

## § 100 - L'incapacità del tutore.

Passiamo ora a parlare della incapacità totale.

Un primo caso è quello del tutore (art. 769): "Il tutore non può mai trarre profitto delle disposizioni testamentarie del suo amministrato fatte prima dell'approvazione del conto definitivo, quantunque il testatore morisse dopo la approvazione del conto. Sono però efficaci le disposizioni fatte in favore del tutore che sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore". Anche questa incapacità è motivata dal fatto che il legislatore sospetta dell'influenza che il tutore può esercitare sull'amministrato, influenza che potrebbe essere causa di disposizione testamentaria in suo favore, specie per esimersi dagli obblighi derivanti dalla tenuta amministrazione e dalle relative conseguenze.

Perciò stabilisce che il tutore è incapace di ricevere dal suo amministrato prima dell'approvazione del conto definitivo; quando il conto definitivo è stato approvato, allora, siccome ogni rapporto di affari tra tutore e amministratore è stato liquidato, questi sarà libero di beneficare il suo tutore con piena cognizione di ciò che è a lui diretto. Questo è il con=

cetto generale della legge. Ma bisogna esaminare lo articolo esegeticamente per vedere qual'è la sua portata. Prima di tutto: quale tutore è incapace? Vi sono varie specie di tutori: vi sono tutori legittimi, tutori testamentarii, tutori dativi. Ora a prima vista parrebbe che tutte le varie specie di tutori fossero incapaci, ma non è così, perchè la legge nel capoverso dell'art. 769 fa una eccezione la quale comprende appunto i casi in cui si avvera la tutela legittima. – Chi sono i tutori legittimi? Sono l'avo paterno o l'avo materno, pel caso di minore età. Ora quel capoverso dice: "Sono però efficaci le disposizioni fatte in favore del tutore, che sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore"

Dunque se il tutore è un ascendente, ossia un tutore legittimo, perchè il tutore legittimo non può essere altro che l'ascendente, evidentemente non è incapace. Quindi la disposizione di legge che stabilisce l'incapacità riguarda soltanto il tutore testamentario, o il tutore dativo, che non abbia la qualità di ascendente, discendente, sorella o fratello o coniuge del testatore.

Ma la tutela può aver luogo in tre casi: nel caso di minore età, nel caso di interdizione legale e nel caso di interdizione giudiziale.

Sono compresi tutti questi casi? Si, benchè alcuni abbiano voluto dubitarne.

Il Codice francese parla soltanto di tutela per la minore età, il nostro Codice parla invece di <u>amministrato</u> in generale. Ora l'amministrato non è soltanto il minore, ma anche l'interdetto, e non solo l'interdetto giudiziale, cioè per infermità di mente, ma anche l'interdetto per condanna penale, l'interdetto legale.

Quindi in tutti questi casi c'è incapacità del tutore. Ciò vien confermato dal capoverso dell'articolo, in cui si eccettuano i casi nei quali il tutore sia un ascendente, un discendente, il coniuge. Infatti, quand'è che il coniuge può essere tutore? Non già nel caso di minore età, bensì nel caso di interdizione il coniuge è chiamato dalla legge ad esercitare la tutela dell'interdetto. Quindi evidentemente la legge comprende la tutela dell'interdetto, e se comprende la tutela dell'interdetto non è a distinguere la interdizione giudiziale dalla legale o a causa di pena.

Ma se è incapace il tutore non è incapace il protutore il quale si trova in condizioni diverse del tutore: trattandosi di incapacità non si può applicare l'analogia giacchè la legge parla di tutore soltanto. Così ancora non sono incapaci i membri del consiglio di famiglia, sebbene il consiglio di famiglia cooperi alla tutela; ancora non è incapace il curatore dell'eman=

cipato o dell'inabilitato, perchè il curatore ha funzioni diverse da quelle del tutore.

In qual tempo deve aversi la qualità di tutore per essere incapace? In altri termini è necessario essere tutore al momento in cui vien fatto il testamento, o basta essere tale al momento della morte del testatore?

Supponiamo che una persona abbia fatto una disposizione testamentaria in favore di un amico, di un parente, quando non era ancora sottoposto a tutela; perchè, poniamo, era maggiore di età e nella pienezza dell'esercizio dei diritti: poi è stato interdetto e quella persona che era stata benificata nel testamento diventa suo tutore: la disposizione fatta a favore di questa persona è valida o nulla? Secondo i principii generali parrebbe che l'incapacità dovesse trovarsi non già al momento della confezione del testamento, ma al momento della morte, come abbiamo visto anche rispetto al coniuge del binubo; ma la lettera della legge è tale da indurci a far ritenere che in questo caso vi sia un'eccezione ai principii generali, in quanto che la legge ha avuto riguardo soltanto al tempo in cui fu fatto il testamento.

Ciò risulta evidente dalla lettera dell'art. 769 in cui si dice che il tutore non può mai trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo

amministrato fatte prima dell'approvazione del conto definitivo, quantunque il testatore morisse dopo l'approvazione del conto.
Dunque le disposizioni sono nulle, solo se fatte nel tempo che intercede tra l'assunzione della tutela e l'approvazione del conto: se fatte prima o dopo sono valide. La legge dice che sono nulle le disposizioni testamentarie fatte prima dell'approvazione del conto definitivo; cosicchè non basta che la tutela sia finita, perchè il minore ha raggiunto la maggiore età o perchè l'interdizione è cessata, ma è necessario che sia dato il conto e questo sia stato approvato.
Però non è necessario che il tutore abbia pagato il debito risultante dal conto definitivo; può essere ancora debitore, poco importa, purchè il conto definitivo sia stato approvato. Ancora deve ritenersi che l'incapacità del tutore cessi, scorsi dieci anni dal giorno in cui è cessata la tutela, giacchè, trascorso tale termine, è prescritta l'azione dell'amministrato contro il tutore, per avere il rendiconto, quindi si ha la stessa condizione di cose che si ha quando il conto definitivo sia stato approvato (art. 309). Questa incapacità è tale da non poter essere sanata in alcun modo. Se il testatore abbia detto: "Voglio che siano valide le disposizioni fatte in favore del mio tutore, perchè dichiaro che esse sono state fatte di mia libera volontà"

questa dichiarazione non vale perchè basta il semplice fatto che la disposizione sia scritta in favore del tutore, perchè essa sia nulla. Eccezione alla regola dell'incapacità del tutore, si ha nel caso che tutori siano ascendenti, sorelle e fratelli, coniuge, perchè queste persone sono in tali rapporti col testatore, che non si può sospettare che abbiano influito sull'animo del testatore e spinto a fare delle disposizioni unicamente per esimersi dalle conseguenze della responsabilità per la tenuta amministrazione.

E inoltre la legge non poteva fare a meno di rendere capaci queste persone potendo esse ricevere per successione intestata, anzi, essendo, tranne i fratelli e le sorelle, degli eredi riservatari.

---

## § 101 - Incapacità di partecipanti alla confezione del testamento.

Una ultima incapacità è quella che riguarda i partecipanti alla confezione del testamento.

Questi partecipanti sono diversi, secondo le diverse specie di testamento. Parliamo prima di partecipanti alla confezione del testamento pubblico. Sono incapaci di ricevere per testamento pubblico il notaio o i notai che lo ricevono, e come essi, qualsiasi pubblico ufficiale come gli agenti diplomatici e consolari che all'estero hanno funzione di notai, colui che riceve un testamento

in tempo di peste sia sindaco, giudice o ministro del culto, colui che riceve un testamento in viaggio di mare, padrone o capitano della nave, colui che riceve il testamento di militari in tempo di guerra. Tutti costoro che sono pubblici ufficiali destinati a ricevere un testamento pubblico, non possono ricevere per testamento.

La ragione di questa incapacità è che la presenza dei pubblici ufficiali, non sarebbe sufficiente garanzia della sincerità dell'atto, qualora essi potessero essere interessati nell'atto stesso. La stessa incapacità che riguarda i pubblici ufficiali, riguarda anche i testimoni.

I testimoni che prendono parte al testamento pubblico non possono ricevere in forza di esso (articolo 771). Una questione nasce rispetto ai fidefacienti. Chi sono costoro? Molte volte il notaio non conosce la persona che vuole disporre per testamento, e ricorre ad un'altra persona conosciuta perchè faccia fede dell'identità della persona che vuole testare. Questi sono i fidefacienti; la legge notarile prevede i casi in cui vi è bisogno di loro e prescrive (art. 50) che essi debbano avere gli stessi requisiti dei testimoni, fra cui il non essere interessati nell'atto, altrimenti questo è nullo.

Ora si domanda se in un testamento pubblico intervengano i fidefacienti, la disposizione

testamentaria che per caso fosse ordinata in loro favore è nulla o no? In altri termini si possono equiparare i fidefacienti ai testimoni?

A prima vista parrebbe che l'equiparazione debba farsi, perchè la legge notarile dice che se i fidefacienti sono interessati nell'atto, questo è nullo. Ma noi sappiamo che la legge notarile, sebbene abbia una portata generale, e riguardi tanto gli atti tra vivi quanto i testamenti, pure non si applica quando c'è diversità tra le sue disposizioni ed il codice civile. Ora il codice civile non dichiara nullo il testamento per l'intervento di testimoni interessati, ma ne ammette la validità solo che per le disposizioni contenute in loro favore. Quindi non si potrebbe mai parlare di nullità dell'intero testamento a causa dell'intervento di fidefacienti interessati. Resta a vedere se siano colpiti da incapacità a ricevere, ma in questo non è la legge notarile che bisogna applicare, bensì il Codice Civile.

Per ritenersi incapaci, bisognerebbe considerarli in tutto e per tutto come testimoni. Ma essi non sono tali, poichè non debbono attestare della conformità delle dichiarazioni contenute nel testamento alla volontà espressa dal testatore, ma debbono soltanto far fede che chi ha testato era quella tale persona da essi conosciuta. Sicchè, non potendosi i fidefacienti

considerare come testimoni, non si può estendere a loro la incapacità che il Codice stabilisce pei testimoni, giacchè, in materia di incapacità non è ammessa l'estensione analogica.

Simile questione si fa anche rispetto all'interprete. Abbiamo visto che anche nella confezione del testamento pubblico, può occorrere l'ufficio dell'interprete, il che avviene quando il testatore parla una lingua straniera ignota al notaio ed ai testimoni. L'ufficio dell'interprete è di tradurre le parole del testatore nella lingua conosciuta dal notaio e dai testimoni, cioè in lingua italiana e di dettare la redazione della volontà del testatore nella lingua di lui alla traduzione in lingua italiana. Ora si domanda: Se l'interprete è interessato nell'atto, se vi è una disposizione testamentaria in suo favore, questa disposizione è nulla o no? Tutto sta nel vedere se l'interprete si può equiparare nelle sue funzioni al testimonio.

Ora, secondo la maggioranza degli autori, l'interprete è anche egli un testimonio, in quanto che deve affermare che la redazione del testamento fu fatta in modo conforme alla dichiarazione orale del testatore, e deve assistere a tutta la confezione dell'atto: onde egli è un testimonio solenne: infatti l'interprete,

oltre a stare presente alle dichiarazioni del testatore, deve tradurle nella lingua corrispondente a quella conosciuta dal notaio e dai testimoni.

Adunque l'interprete, compiendo la stessa funzione dei testimoni in maggior grado, a maggior ragione deve ritenersi che la disposizione di legge che commina l'incapacità dei testimoni, deve riguardare anche lui: quindi anche l'interprete deve ritenersi incapace di ricevere per testamento.

Ma si noti bene che in tutti questi casi in cui si ha disposizione testamentaria in favore del notaio o di altro pubblico ufficiale, dei testimoni o dell'interprete, ciò che è nullo non è il testamento, sibbene la disposizione testamentaria, e ciò a differenza di quello che avviene per il codice francese e di ciò che prescrive la legge notarile. La legge notarile infatti dice che quando coloro che prendono parte alla confezione di un atto, cioè il notaio e i testimoni sono interessati nell'atto stesso, è nullo tutto l'atto e non soltanto quella parte che li riguarda.

Invece pel nostro codice è nullo non il testamento ma la disposizione testamentaria in favore del notaio, o in favore dell'interprete o in favore dei testimoni: il testamento è nullo per intero in un solo caso: quando vi sia un vizio di forma che affetta tutto l'atto; invece, quando c'è un vizio

di sostanza, un vizio cioè che affetta una data disposizione, è nulla questa disposizione solamente.
Se diversamente accade per gli atti tra vivi, ciò è perchè le disposizioni negli atti fra vivi, che per lo più sono dei contratti, il diritto di uno è dipendente dall'obbligo dell'altro e c'è una connessione fra le varie disposizioni; la quale cosa non si avvera per le disposizioni testamentarie che sono distinte le une dalle altre.
La nullità delle disposizioni testamentarie fatte a favore del notaio, dei testimoni o dell'interprete che assistono alla confezione dell'atto, è una nullità insanabile e non c'è nessun mezzo per poterla fare diventare valida, tranne, s'intende, che col ripetere la disposizione in un altro testamento in cui quelle persone non prendano parte. Ancorchè il testatore stesso dichiari espressamente nel testamento che egli intende confermare la disposizione che fa a favore del notaio, dei testimoni o dell'interprete, perchè questa disposizione è sincera e spontanea, ciò a nulla gioverebbe, giacchè la ragione per cui la legge dichiara nulla questa disposizione è una ragione di ordine pubblico e non già di interesse privato, richiedendosi per garenzia della sincerità dell'atto che non debbono essere interessati nell'atto coloro che concorrono alla sua formazione. Ora questo scopo non si raggiunge-

rebbe qualora la legge permettesse al testatore di dichiarare che le disposizioni in loro favore furo= no fatte spontaneamente, senza coercizione di sor= ta. Tanto più che questa dichiarazione del te= statore potrebbe diventare una clausola di stile.

Questi sono i casi di incapacità dei partecipan= ti al testamento pubblico. Esaminiamo i casi di incapacità dei partecipanti al testamento segreto, nei quali, oltre al notaio e i testimoni, si comprende anche colui che scrive il testamen= to. Ora il notaio ed i testimoni non sono dal codice dichiarati incapaci di ricevere, perchè il loro intervento ha luogo, non nel momento del= la formazione della scheda che contiene le dispo= sizioni testamentarie, ma nella formazione dell'atto di ricevimento, quando cioè non si sa il contenuto della scheda, che si deposita chiusa e suggellata, e quindi non ci può essere nessun legittimo sospetto che le disposizioni testamenta= rie che si trovano in favore del notaio o dei te= stimoni siano stati carpiti col dolo o con la coa= zione. Invece è incapace di ricevere colui che redige la scheda testamentaria la quale, come sappiamo, può essere scritta da un terzo, non essendo necessario che sia scritta dallo stesso testa= tore che deve soltanto sottoscrivere in ciascun mezzo foglio; e se non sa o non può scrivere, de= ve dichiarare nel momento che la presenta al

notaio di averla letta.

Ora la persona che redige la scheda testamentaria segreta è incapace a ricevere in base a questo testamento, perchè sorge naturale il sospetto che abbia potuto abusare della fiducia del testatore, inserendo nel testamento delle disposizioni in proprio favore, e il testatore poi, avendo piena fiducia in lui, potrebbe non averlo letto, sebbene l'abbia sottoscritto e dichiarato poi al notaio di averlo letto. Non eliminandosi dunque colla sottoscrizione o colla dichiarazione al notaio la possibilità che il terzo abbia fatto una disposizione a favore proprio all'insaputa del testatore, la legge lo ha dichiarato incapace (articolo 772).

Ma che si intende per scrittore del testamento segreto? Qui nasce una questione abbastanza delicata. Se il testatore espone la sua volontà ad una persona la quale la redige in iscritto, senza dubbio questa persona è lo scrittore della scheda testamentaria, e sarà incapace. Ma che avverrà se il testatore manifesta la sua volontà ad un legale incaricandolo di darle la forma conveniente; e questi redige il testamento facendo una minuta che dà a copiare al suo sostituto dello studio, o ad un ammanuense, o ad una persona addetta a copiare a macchina (dattilografo), oppure

non scrive la minuta, ma detta al suo scrittu=rale, o all'ammanuense o al dattilografo?
Si deve o no reputare come lo scrittore della scheda? Mettiamo che in questo testamento, non scritto di mano dell'avvocato, ma da lui concepito e scritto dall'ammanuense, si tro=vi una disposizione testamentaria in favore dell'avvocato, questa sarà nulla o valida?
Alcuni dicono che in simile caso la disposi=zione è valida, perchè la legge parla di perso=na che ha scritto il testamento segreto.
Ora, quando l'avvocato formula il pensiero del testatore facendo una minuta, se va scri=vere lui la scheda, ma dettandola direttamen=te al giovine del suo studio, o facendo ricopiare la minuta, in questo caso chi scrive la scheda è il giovine di studio, non l'avvocato il qua=le ha concepito soltanto il testamento.
Così, attribuendo alle parole della legge un significato tutto materiale, si è affermato che in questo caso l'avvocato sia capace di ricevere.
Altri, invece, pensano il contrario; ed io credo che abbiano più ragione, perchè il motivo per cui la legge dichiara la nullità delle disposi=zioni in favore dello scrittore della scheda testa=mentaria, è che si possa abusare della fiducia del testatore: niente quindi di più facile che una persona che traduce in forma concreta la

volontà del testatore e poi faccia copiare la minuta possa abusare di tale fiducia, e inserisca in proprio favore una disposizione che il testatore non aveva intenzione di fare. Il vero scrittore dunque della scheda testamentaria è chi dà la forma alle disposizioni testamentarie, sebbene altri materialmente le scriva. La legge non ha inteso dire che scrittore del testamento sia colui che scrive l'atto di sua mano, perchè se così fosse, quando alcuno scrive un testamento a macchina, non può dirsi che sia lui che ha scritto, bensì la macchina. Dunque non dobbiamo fermarci alla semplice lettera della legge, ma guardare anche alla ragione della disposizione.

Il codice parla di chi ha scritto la scheda testamentaria ma non del notaio nè dei testimoni. Ma la legge notarile estende l'incapacità del Codice Civile: Essa contempla il caso che il notaio riceva un testamento segreto scritto da una persona che sia parente o affine di lui fino al 4° grado in linea collaterale, e in linea retta all'infinito, e che per di più questo testamento sia presentato non suggellato. Allora, dice la legge notarile (articoli 29 e 58 a 3) se in questo testamento segreto scritto da persona parente o affine del notaio, e presentato aperto, si contiene una disposizione a favore del notaio, essa è

nulla, perchè in questo caso sorge il sospetto che il parente o l'affine del notaio che ha redatto il testamento segreto, abbia voluto fare cosa suggerita dal notaio stesso, cosa che importa abuso di fiducia del testatore.

Il notaio, ricevendo il testamento aperto, sa che qualche disposizione deve esservi in suo favore; ora, siccome la legge notarile proibisce al notaio di ricevere un atto giuridico qualsiasi in cui egli sia interessato, comminando una pena al notaio se si presta alla redazione dell'atto e dichiarando nullo l'atto, così in questo caso il notaio che riceva un testamento segreto non chiuso contenente una disposizione in suo favore, contravviene alla legge procedendo all'atto di ricevimento. L'incapacità relativa allo scrittore del testamento segreto può essere sanata, non è una incapacità insanabile come quella del pubblico ufficiale e dei testimoni del testamento pubblico perchè lo stesso art. 772 aggiunge: "salvo che la disposizione sia approvata di mano dello stesso testatore o nell'atto della consegna„

La ragione della incapacità è il sospetto che si possa abusare della fiducia del testatore, ma quando il testatore ha approvato di sua mano nella stessa scheda testamentaria la disposizione fatta a favore di chi l'ha scritta, evidentemente questo sospetto sparisce e risulta evidente la

libera volontà del testatore che ha inteso beneficare lo scrittore della scheda. Può anche il testatore, non sapendo o non potendo scrivere, invece di scrivere la approvazione nella scheda stessa, dire nel momento della consegna dell'atto: "In questo testamento si trova una disposizione a favore di chi ha scritto il testamento, disposizione che io approvo„

Cosicchè, o vi sia l'approvazione scritta dal testatore, o vi sia l'approvazione fatta oralmente, la incapacità di chi ha scritto la scheda testamentaria è eliminata. Vi è però questione rispetto alla forma con cui deve essere fatta l'approvazione scritta.

Se l'approvazione è fatta nella scheda testamentaria, ma non porta la firma del testatore, produce l'effetto di sanare la nullità della disposizione, oppure no? Alcuni dicono: poichè il Codice dice: che sia approvato di mano dello stesso testatore, basta che il testatore dica: "approvo la disposizione fatta a favore di chi ha scritto la scheda testamentaria„ perchè la approvazione produca il suo effetto, ancorchè tale dichiarazione si trovi scritta in ultimo dopo la firma. Altri sostengono il contrario e giustamente: Se l'approvazione si trova nel contest delle disposizioni, allora è valida, ma se si trova dopo la firma, siccome essa non fa parte del testamento, ha bisogno di assumere una

forma indipendente. Ora non c'è scrittura in generale, se non c'è firma; un atto giuridico per rivestire la forma di scrittura e produrre tutti gli effetti dell'atto scritto, deve essere un atto sottoscritto. La scrittura senza sottoscrizione non è scrittura, ma può essere soltanto un principio di prova scritta. Inoltre bisogna ricordare che siamo in tema di testamenti e quindi si richiedono garenzie di forma rigorose. Quindi secondo me, se la dichiarazione non si trova nel contesto e prima della firma dell'atto, una nuova firma è necessaria.

---

## §102. Interposizione di persona in favore di incapaci.

Fin qui abbiamo parlato delle varie incapacità di ricevere per testamento. Ma le disposizioni di legge che comminano tale incapacità potrebbero essere facilmente frustrate, ove la legge stessa non ponesse una sanzione efficace. Il Codice prevede due modi con cui si potrebbero essere eluse le disposizioni legislative e all'articolo 773 dice: "la disposizione testamentaria a vantaggio delle persone incapaci indicate dagli articoli 767, 768, 769, 770, 771 e 772 (si noti che i casi di incapacità sanciti da questi articoli sono casi di incapacità relativa, non di incapacità assoluta, tutti casi che presuppongono

non la inesistenza di una persona, ma presuppon-
gono che questa persona, per i rapporti speciali
con cui si trova col testatore, sia incapace) è nul-
la ancorchè venga simulato sotto la forma di
un contratto oneroso o sia fatto sotto nome di in-
terposta persona„ Sicchè la legge prevede che le
norme contenute in questi articoli che commina-
no la nullità delle disposizioni testamentarie
fatte in favore degli incapaci possano essere elu-
se in due modi: o facendo la liberalità sotto
forma di un contratto oneroso, o servendosi del
mezzo di un'altra persona che apparentemen-
te è erede o legataria, ma ha l'incarico segre-
to di trasferire i beni all'incapace.

Ora, di queste due ipotesi non è possibile che
la seconda, giacchè c'è impossibilità giuridi-
ca che sotto la forma di contratto oneroso si na-
sconda una disposizione testamentaria. Il con-
tratto oneroso spiega efficacia immediata du-
rante la vita del testatore, non così il testa-
mento, perciò sotto la forma di un contratto
oneroso può nascondersi una liberalità fra vi-
vi, una donazione soltanto.

Perchè, dunque, la legge parla di disposizione
testamentaria simulata sotto forma di con-
tratto oneroso? Per uno dei soliti errori nella re-
dazione del nostro Codice.

Quest'articolo è una riproduzione fedele dell'ar-

ticolo corrispondente del Codice francese ove si trat=
ta promiscuamente di donazioni e di testamenti.
Ora, trattandosi insieme tanto delle liberalità
testamentarie quanto di quelle per atti tra vivi,
era giusto dire le disposizioni di legge che dichia=
rano l'incapacità di certe persone, non possono es=
sere frodate nè per interposta persona nè per con=
tratto oneroso, perchè sotto forma di contratti one=
rosi si possono mascherare delle donazioni, men=
tre il mezzo dell'interposta persona riguarda
tanto le donazioni che le disposizioni testamen=
tarie. Ma il nostro Codice, avendo trattato sepa=
ratamente la donazione dal testamento, dove=
va in questo articolo parlare soltanto dell'inter=
posizione di persona come quella che costituisce
l'unico modo possibile di frodare la legge in ma=
teria di incapacità testamentaria.

Qual'è il concetto di persona interposta?
Persona interposta, come dice la parola stessa, è
quella che si mette in mezzo tra il testatore e
l'incapace che perciò funge da intermediario.
Il testatore non può beneficare direttamente
un incapace; e allora si frappone tra lui e l'in=
capace una persona che assume la figura di
beneficato, mentre in realtà non è, con l'inca=
rico di trasferire il beneficio all'incapace, è in=
somma quella persona che nel linguaggio giu=
ridico si dice anche fiduciario.

Ora, quando c'è interposizione di persona e questa interposizione di persona non ha uno scopo lecito, bensì uno scopo illecito, qual'è quello di beneficare un incapace, cioè una persona che la legge non vuole sia beneficata, allora la disposizione fatta a favore di un incapace per mezzo di interposta persona è nulla come se fosse fatta direttamente a favore dell'incapace stesso. Come si prova l'interposizione di persona?

Con tutti i mezzi possibili. Siccome l'interposizione di persona in fondo non si riduce che ad una frode alla legge, ad una simulazione, qualsiasi mezzo di prova è possibile, non essendoci il bisogno che risulti da un atto scritto. Molto meno vi è bisogno di ricorrere all'iscrizione in falso se l'interposizione risulti da un atto pubblico perché il notaio riferisce ciò che il testatore ha detto: egli può ignorare il fatto dell'interposizione e, se lo sa, lo sa come privato e non come pubblico ufficiale.

Quindi anche la prova testimoniale è sufficiente a provare l'interposizione, come pure bastano anche delle semplici presunzioni, quando esse siano tali da convincere il magistrato, che la persona che si è apparentemente beneficata sia un semplice intermediario, un fiduciario.

Questo, di regola generale; ma vi sono dei casi per cui la legge dichiara che vi è interposizione di persona anche se realmente non vi sia: cioè

la legge stabilisce una presunzione iuris de iure di interposizione. L'art. 773 cap. dice: "Sono reputate persone interposte il padre, la madre, i discendenti ed il coniuge della persona incapace„
Così se uno voglia beneficare un figlio adulterino e lascia i beni ad un amico con l'incarico di passarli al figlio adulterino, in questo caso occorrerà che l'erede legittimo o altro interessato provi che colui il quale è nominato nel testamento è una persona interposta, perchè la disposizione sia ritenuta nulla. Ma se invece che ad un amico qualsiasi il testatore lascia i beni al figlio del proprio figlio adulterino, alla madre del figlio adulterino o al coniuge, in questo caso il semplice fatto di lasciare i beni al figlio, al coniuge o alla madre del figlio adulterino è per sè stesso vietato dalla legge; perchè la legge presume, senza ammettere la prova in contrario che la disposizione sia fatta in favore del figlio adulterino.

Quindi, mentre in generale si deve fare la prova dell'interposta persona, quando invece si fa una disposizione in favore del genitore, dei discendenti, del coniuge della persona incapace qualunque essa sia, figlio adulterino od incestuoso, figlio naturale semplice, tutore, coniuge in seconde nozze, notaio, pubblico ufficiale, testimonio, interprete, scrittore della scheda testamen=

taria, in tutti questi casi non c'è bisogno di prova.
Di modo che, si noti, ne deriva questa conseguenza: che oltre gli incapaci tassativamente indicati dalle legge sono incapaci a ricevere anche il genitore, i discendenti, il coniuge di questi incapaci, cosicchè la disposizione di legge che presume l'interposizione di persone, ha creato una nuova incapacità. Poichè poniamo si trovi una disposizione a favore del padre, della madre, del coniuge o del discendente di un incapace (Autore, notaio coniuge in seconde nozze, figlio adulterino od incestuoso figlio naturale semplice) e si possa dimostrare con evidenza che l'intenzione del testatore non era quella di interporre una persona per beneficare l'incapace, ma di volere beneficare esclusivamente ed effettivamente la persona nominata nel testamento, ciò a nulla gioverà: la persona nominata sarà trattata come incapace, solo perchè si trova in quel dato rapporto di parentela con un incapace.
Dunque, apparentemente è una presunzione, ma in realtà è una vera disposizione di legge, un precetto obbligatorio che impone nuove incapacità, cosicchè si può conchiudere che incapaci non sono solo quelli indicat dagli articoli 767. 768, 769, 770, 771 e 772, ma sono anche i genitori, i discendenti, il coniuge di queste persone.
Ma a tale proposito nascono delle questioni che non

sono di facile soluzione. E anzitutto si domanda: in quale tempo deve trovarsi il rapporto di parentela tra la persona presunta interposta e l'incapace. Al tempo in cui il testatore fa il testamento o al tempo della sua morte?
Poniamo che un tale sottoposto a tutela, giunto all'età di 18 anni, faccia un testamento a favore di una sua cugina. Costei, dopo il testamento, sposa il tutore di chi ha fatto il testamento. Il tutore è incapace, e come tale, sono incapaci i suoi genitori, i suoi discendenti ed il coniuge. Ora si domanda: In questo caso in cui il beneficato non era coniuge dell'incapace al momento in cui fu fatto il testamento, ma diventò in un tempo posteriore, si avrà presunzione di interposizione di persona? Alcuni hanno detto di no, perchè la presunzione di interposizione di persona si basa sulla probabilità che una persona apparentemente beneficata in un testamento, sia stata poi in segreto incaricata, per i suoi rapporti di parentela coll'incapace, di far godere il beneficio a quest'ultimo. Ma quando questi rapporti che sono la base della presunzione, manchino nel tempo in cui fu fatto il testamento, non si può pensare che il testatore siasi voluto servire di questa persona, come strumento od organo, per beneficare l'incapace.

Quindi essi conchiudono: in questo caso non si

può presumere, ma si deve fare la prova. Però questo ragionamento apparentemente giusto è errato giuridicamente. Sarebbe giusto se si trattasse di una vera e propria presunzione, di una disposizione di legge basata su un calcolo di probabilità; perchè in questo caso, mancando il fondamento della probalità, non sarebbe applicabile la presunzione. Ma, trattandosi di una presunzione iuris et de iure, si deve prescindere da qualsiasi ricerca sulla conformità della presunzione alla realtà di fatto.

Quindi, ancorchè nel momento in cui fu fatto il testamento, non c'era nessun rapporto di parentela tra l'istituito e l'incapace, la disposizione è sempre nulla. E poi, prescindendo anche da questa considerazione, principio generale in materia di testamento è che per vedere se una persona è capace o no, bisogna badare al tempo della morte, non già al tempo in cui fu fatto il testamento, perchè è al tempo della morte che nasce il diritto di succedere, non già al tempo del testamento.

Adunque se al tempo della morte del testatore esiste il rapporto di parentela tra chi è nominato erede o legatario e l'incapace, si applica la disposizione di legge. La prova di ciò si ha nel fatto che la legge dichiara anche incapaci i discendenti in generale. Ora i discendenti non

sono soltanto quelli che esistono al tempo del testamento, ma anche quelli che siano nati dopo. Se alcuno istituisca i figli nascituri di una data persona che è incapace, fa una disposizione nulla ancorchè il rapporto di parentela tra il beneficato e l'incapace non esista al tempo del testamento.

Un'altra questione è la seguente: se la persona incapace sia morta al tempo della morte del testatore, sussiste l'incapacità per i suoi discendenti, per i suoi genitori, per il coniuge?

Alcuni hanno detto di sì, partendo sempre dal principio che la disposizione di legge si basa sull'intenzione del testatore, il quale, volendo beneficare l'incapace, ha beneficato il genitore o il discendente o il coniuge dell'incapace coll'incarico di trasferire il beneficio a quest'ultimo. Ora, secondo costoro, se l'intenzione esisteva al tempo del testamento, poco importa che poi l'incapace sia morto. Ma noi diciamo che ciò non è giusto. Se la legge pone questa disposizione come assoluta senza permettere alcuna ricerca di fatto, evidentemente siccome l'incapacità del genitore, del discendente, del coniuge è un'incapacità riflessa e in tanto sussiste in quanto sussiste l'incapacità diretta dichiarata dalla legge, se al tempo della morte questa incapacità non si trova, non ci sarà incapacità rifles=

sa, cioè non saranno incapaci i discendenti, i genitori, il coniuge e l'incapace morto.

Vi è poi qualche caso in cui nonostante il silenzio della legge, non si applica la presunzione d'interposizione. Ciò avviene quando fra il testatore e la persona presunta interposta, esiste uno di quegli stessi rapporti di parentela che è causa dell'incapacità.

Mi spiego con un esempio: La legge dice che sono presunte persone interposte i discendenti dell'incapace. Supponiamo che un binubo lascia al figlio avuto in seconde nozze la disponibile, mentre al figlio di primo letto lascia la sola legittima: questa disposizione è valida o nulla?

Applicando meccanicamente il capoverso dell'art. 773, siccome questo figlio di secondo letto è discendente di un incapace cioè del coniuge in seconde nozze, il quale non potrebbe ricevere più di quanto riceve il meno favorito dei figli di primo letto, la disposizione dovrebbe ritenersi nulla.

Ma questa soluzione sarebbe in aperta contradizione con la legge la quale stabilisce che i figli succedono ai genitori egualmente sebbene nati da matrimoni diversi. (art. 736). Perciò il figlio delle seconde nozze, sebbene figlio di un incapace, pure è figlio anche del testatore; quindi la qualità di figlio del testatore viene ad eliminare la

incapacità derivante dalla qualità di figlio di un incapace.

Insomma la qualità di figlio di un incapace viene ad essere, dirò, neutralizzata dalla qualità di figlio del testatore, e sparisce l'incapacità per presunzione di interposizione.

Facciamo un altro esempio: Tizio, ammogliato, ha relazione con una donna: durante questa relazione ha avuto dei figli i quali sono senza dubbio adulterini e quindi incapaci. Ma Tizio, dopo la morte della moglie, ha sposato quella donna: può lasciare a questa più di quanto spetta ai figli adulterini avuti da lei prima del matrimonio?

Applicando meccanicamente il capoverso dell'art. 773, si dovrebbe dire di no, perchè quella donna è madre dei figli adulterini che sono incapaci e, quindi, persona presunta interposta dalla legge. Ma siccome essa è anche coniuge del testatore, e il coniuge è per sè stesso capace di ricevere, questa qualità di coniuge del testatore elimina l'incapacità derivante dalla qualità di madre di figli adulterini. Tali eccezioni dunque, sebbene non espresse dalla lettera della legge, sono reclamate dal suo spirito, perchè, non ammettendole vi sarebbe contraddizione tra le disposizioni di legge che dichiarano capaci i figli di secondo letto, il coniuge supersti=

te e la presunzione dell'art. 773.

Il Codice nell'art. 773, che già esaminammo, dice che le disposizioni fatte per interposta persona, sono nulle. Ora su questa parola nullità è nata una controversia che però non aveva ragione di essere. Poniamo che alcuno faccia una liberalità in favore del coniuge di seconde nozze o in favore di un figlio naturale semplice, per mezzo di interposta persona. La liberalità fatta per persona interposta, in questi casi sarà nulla totalmente o solo parzialmente, cioè nulla nei limiti che eccedono la capacità di ricevere di quegli incapaci parzialmente, che sono coniuge in seconde nozze e figlio naturale semplice?

A volere interpretare secondo la lettera, l'articolo 773 dovrebbe ritenere la nullità totale, perchè esso dice: "La disposizione testamentaria a vantaggio delle persone incapaci indicate negli articoli 767, 768, 769, 770, 771 e 772 è nulla ancorchè venga simulata sotto la forma di un contratto oneroso, ossia fatta sotto nome di interposta persona„

Ma siccome non è concepibile che il legislatore abbia voluto essere più rigoroso nel caso che il testatore disponga per mezzo di persona interposta, anzichè nel caso che disponga direttamente a favore dell'incapace, è evidente che l'incapacità della persona interposta deve esse=

re commisurata all'incapacità della persona in
favore della quale l'interposizione ha luogo.

Perchè la legge dichiara nulle le disposizioni fat=
te per persona interposta?

Perchè non vuole che una persona incapace ri=
ceva quello che non può ricevere; ma se la per=
sona incapace può ricevere qualche cosa, è eviden=
te che, quand'anche la disposizione non è fatta
direttamente in favore dell'incapace, ma per
mezzo di interposta persona, l'incapace potrà
ricevere nei limiti consentiti dalla legge. Come
nel caso che il testatore disponga direttamente
in favore del figlio naturale, in favore del coniu=
ge in seconde nozze, al di là dei limiti che la
legge impone, la disposizione non è in tutto
nulla, ma è semplicemente riducibile, cioè nul=
la per la parte eccedente i limiti posti dalla leg=
ge, così sarà anche nel caso in cui la disposizio=
ne sia fatta per interposizione di persona. Per=
ciò quando la legge dice nulla la disposizione
per interposta persona, si deve intendere che è
nulla totalmente se è fatta per favorire un in=
capace che non può ricevere niente, e nulla
parzialmente se è fatta per un incapace che può
ricevere soltanto in parte.

La disposizione dell'art. 773 vale per tutti i
possibili casi di incapacità, o solo per quelli in
esso indicati?

cioè, c'è nullità di disposizione testamentaria per interposta persona ogni qualvolta l'interposizione serve per favorire un incapace qualsiasi, oppure c'è nullità solo quando l'interposizione di persona è diretta per favorire certi incapaci?

Guardando tanto la lettera della legge quanto lo spirito, si deve secondo me concludere che l'art. 773 contiene una disposizione eccezionale che non si può estendere dai casi contemplati ai casi non contemplati.

Quest'articolo, se il legislatore avesse altrimenti voluto, avrebbe potuto essere formulato in una maniera più semplice, cioè: La disposizione testamentaria a favore delle persone incapaci precedentemente indicate, oppure a favore delle persone incapaci, è nulla, anche se fatta per interposta persona. Invece il legislatore avuto cura di indicare uno per uno gli articoli in cui si parla di incapaci e dice ..... persone incapaci indicate negli articoli 767. 768, 769, 770. 771 e 772. E dippiù si noti la menzione di questi articoli non è un utile perifrasi dell'espressione più semplice: delle persone incapaci precedentemente indicate.

Gli art. 767, 768. 769, 770, 771 e 772, si riferiscono soltanto ai casi di incapacità relativa e non a tutti i casi di incapacità. Infatti non è menzionato l'art. 764 in cui si tratta dell'incapacità per inesistenza di persona fisica al tempo della morte

del testatore; non si parla nemmeno del caso di incapacità relativa qual'è quello dell'indegnità; infatti non sono menzionati gli art. 765 e 766 in cui si parla dell'indegno. Dunque l'enumerazione dei varii casi di incapacità fatta dall'art. 773 non corrispondendo esattamente a tutti i casi di incapacità precedentemente indicati, non è una enumerazione che si può dire una spiegazione analitica del concetto di incapace in generale, ma è una enumerazione fatta a ragion veduta. Se il legislatore ha enumerati questi casi soltanto, evidentemente ha voluto ammettere la nullità delle disposizioni per interposta persona soltanto riguardo a questi casi. Quindi se alcuno ricorre ad interposizione di persona per favorire, il caso è raro e difficile, ma non assurdo, una persona che non è un figlio immediato di una determinata persona vivente al tempo della sua morte, non si avrà nullità.

Ancora se alcuno ha un parente, un amico, indegno di succedere, perchè ha commesso un atto che produce indegnità, egli può invece di favorire l'indegno direttamente, nominare un'altra persona con l'incarico segreto di passare all'indegno, l'eredità. Così da un canto il testatore fa mostra di animo duro e che non rimette l'offesa e nel tempo stesso fa che l'indegno goda della eredità.

Se si presenta questo caso, anche esso raro, ma non impossibile, c'è nullità di disposizione? Non c'è nullità perchè fra gli articoli enumerati dall'art. 773, non c'è l'art. 764. Ma oltre questa ragione letterale, ce ne è ancora un'altra che ci fa pensare che il legislatore nostro abbia voluto enumerare tassativamente i casi in cui l'interposizione di persona porta la nullità, e risulta dal confronto fra questo articolo del nostro Codice e il Codice francese e il Codice Albertino.

Il Codice francese all'art. 911 dice che la disposizione testamentaria fatta in favore incapace è nulla tanto se sia fatta sotto forma di contratto oneroso, quanto se sia fatta per interposta persona.

Come si vede, il Codice francese parla di incapace in genere senza enumerare i varii casi di incapacità. Il Codice Albertino poi, nell'art. 718 enumera i varii casi di incapacità nei quali è nulla la liberalità fatta per interposta persona, richiamando alcuni degli articoli precedenti, ma da altra parte, nell'ultimo capoverso aggiunge: «Fuori dei casi di incapacità contemplati nei suddetti articoli, o trattandosi di altre persone che quelle dianzi nominate, la disposizione sarà annullata, soltato quando colui che l'impugna provi essere quella stata fatta in frode della legge»

Ora da tale confronto vediamo che mentre il codice italiano, a differenza del francese, ha avu-

to cura di enumerare i singoli casi di incapacità seguendo in ciò il Codice Albertino, ha poi omesso quel capoverso che in quest'ultimo Codice serviva a provvedere a tutti gli altri casi di incapacità quando vi fosse frode alla legge. Sicchè il legislatore nostro, non avendo seguito il Codice Albertino nè il Codice Francese, mostrò avere diversa intenzione. E questo non solo risulta dalla lettera della legge, ma anche dal suo spirito.
L'articolo 1350 capoverso dice che sono presunzioni legali tutte quelle disposizioni di legge che dichiarano la nullità dell'atto compiuto in frode alla legge.
Ora un caso evidente di questa specie di norme è dato dall'art. 773. Perchè l'articolo 773 commina la nullità della disposizione fatta per interposta persona? Perchè simile disposizione importerebbe frode alla legge. Ma per principio generale tutte quelle disposizioni di legge che hanno carattere di presunzione, hanno carattere eccezionale. Dunque se l'art. 773, per espressa dichiarazione dell'art. 1350 è considerato come una presunzione di legge, vuol dire che questa disposizione per se stessa è eccezionale e quindi non può estendersi dai casi contemplati ai casi non contemplati.
Ancora un'altra considerazione: come vedremo tra poco, principio generale in materia di diritto successorio italiano è che la interposizione di per=

sona non può provarsi; questo è detto dall'art. 829; cioè non si può provare che una persona, la quale apparentemente è nominata erede o legatario in un testamento, sia invece incaricata di trasferire l'eredità o il legato ad un'altra persona.

In altre parole: è proibita dal nostro Codice la prova della fiducia. Ora che cosa significa fiducia o istituzione fiduciaria? Non significa altro che interposizione di persona: tanto vale dire interposizione quanto vale dire istituzione fiduciaria. Ora l'art. 829 dice che non è ammessa la prova della fiducia, onde i casi in cui questa prova è possibile, si devono ritenere come casi di eccezione alla regola, e la disposizione di legge che ammette la prova non si può estendere ad altri casi fuori di quelli da essa espressamente contemplati.

Queste sono le nostre ragioni; però non tutti la pensano in tal modo, anzi la maggior parte degli scrittori è di parere contrario, basandosi sulle parole del capoverso dell'art. 829 in cui, dopo l'enunciazione della regola che ho esposto, si aggiunge: "Ciò non si applica al caso che l'istituzione o il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore di incapaci". Dunque, si dice, non bisogna fermarsi all'articolo 773, ma si deve tener conto anche del capoverso dell'art. 829. Mentre nell'art. 773 si parla in modo analitico dei varii casi di incapacità, invece nell'art. 829 si dice

in termini generali che è ammessa la prova della fiducia, ogni qualvolta si vuole impugnare un atto come fatto per interposta persona, a favore di un incapace, e non si dice già di questo o di quell'incapace. Quindi l'art. 829 viene ad allargare il campo dell'art. 773. A prima vista questa obbiezione parrebbe grave, ma non è per la semplice ragione che la sedes materiae, cioè l'articolo che tratta della nullità delle disposizioni fatte per interposta persona non è l'art. 829, ma l'art. 773 e a esso si richiama.

Perciò quando nell'art. 829 troviamo detto: "È ammessa la prova della fiducia ogni qualvolta la disposizione venga impugnata, come fatta per interposta persona a favore di un incapace"; per determinare chi sia l'incapace contro cui è ammessa la prova dell'interposizione di persona dobbiamo per necessità logica ricorrere all'articolo in cui si parla di nullità per interposizione di persona all'articolo 773. Quindi il campo dell'articolo 829 non può essere più lato di quello dell'articolo 773, perchè l'articolo 773 è un presupposto del capoverso dell'art. 829. Nè si può dire che il legislatore usando la parola "incapace" nel capoverso dell'articolo 829 abbia voluto allargare il campo dell'articolo 773, perchè la storia stessa della disposizione ci dimostra che non fu questa l'intenzione del legislatore. Infatti l'art. 829 non è che la fedele ri-

produzione, tranne qualche mutamento di pura for=
ma grammaticale, dell'articolo 809 Codice Alber=
tino: ora in questo il capoverso in cui si parla di
incapaci in genere, non aveva il valore di estendere
la portata dell'art. 718, giacchè in questo, come ab=
biamo visto, l'ultimo capoverso riusciva a riguarda=
re tutti gli incapaci, oltre quelli espressamente indi=
cati. Sicchè se la parola incapace si trova anche
nel nostro articolo 829, essa non rivela intenzione
alcuna di allargare il significato dell'art. 773, ma
è una semplice riproduzione del Codice Albertino,
compiuta forse senza una diligente coordinazio=
ne coll'art. 773.
L'art. 829 non dice altro che se non in quei casi
in cui la legge dichiara nulla la disposizione per
interposta persona a favore di un incapace, è am=
messa la prova per interposta persona. Se la leg=
ge non avesse detto questo, l'art. 829 sarebbe sta=
to in perfetta contradizione con l'art. 773.
Infatti, mentre l'art. 773 avrebbe detto che ogni
qualvolta c'è disposizione a favore di un inca=
pace per interposta persona è ammessa la prova
dell'interposizione, l'art. 829 avrebbe detto che
quella prova non è possibile; quindi mentre da
un canto si sarebbe concesso il diritto, dall'altro
si sarebbe negata la prova. Questa questione che
ho esposta presenta la sua importanza pratica
rispetto alle congregazioni religiose.

Si può beneficare un'associazione religiosa, facendo un legato ad una persona di fiducia, la quale abbia l'incarico di far godere i beni ai membri della comunità religiosa?
Si è detto, siccome le comunità religiose sono degli enti incapaci, la persona interposta in loro favore sarà incapace di ricevere; quindi la disposizione è nulla. Seguendo invece l'opinione da noi espressa a suo tempo, cioè che le associazioni religiose come collettività di persone singole unite fra di loro per un legame sociale sono capaci di ricevere, ne discende che non si può parlare di nullità di disposizione compiuta per interposta persona. L'interposizione di persona in questo caso è un mezzo più sicuro di beneficare la associazione di cui spesso riesce difficile indicare i vari membri in modo da soddisfare alla esigenza legale della certezza delle persone beneficate e non già un mezzo di beneficare un incapace. Ma posto per un momento che le associazioni religiose non possano ricevere, il fatto dell'interposizione di persona non produrrà, secondo le cose dette, nullità della disposizione, perchè l'art. 773 non menziona tra i casi di incapacità quelli per mancanza di esistenza fisica o giuridica.
Se questo articolo è tassativo, non si può applicarlo anche al caso delle associazioni religiose;

invece si applicherà la prima parte dell'art. 829, secondo la quale non è ammessa la prova della fiducia. Così abbiamo parlato delle varie incapacità poste dalla legge nostra.

La legge nostra ha in tal guisa abrogato molte incapacità che esistevano nel diritto anteriore, cioè l'incapacità degli stranieri, dei religiosi professi, cioè di coloro che avevano fatto voti monastici, l'incapacità dei condannati a pene capitali.
Anche l'ergastolano oggi può ricevere una liberalità, sebbene non possa goderne; così, mentre non può fare testamento, può ricevere.
Ancora sono capaci coloro che assistono i malati; medici, infermieri, confessori: è capace di succedere il direttore delle carceri, in cui è rinchiuso il testatore: il capo dell'istituto, dell'ospedale in cui si trova il testatore, tutte persone che nel diritto antico erano dichiarate incapaci, perchè sospette che potessero suggerire al testatore la liberalità in loro favore.

---

§103: La certezza della persona del beneficato.

Un altro requisito per la validità della disposizione testamentaria, è che la persona beneficata, cioè il soggetto passivo della disposizione stessa, sia certa: non si può testare in favore di persona incerta. Ma che vuol dire persona incerta?

Persona incerta per diritto romano era quella che il testatore, al momento del testamento non poteva raffigurarsi, di cui il testatore non aveva una idea esatta. Così se il testatore avesse detto: "Lascio la mia eredità a chi primo si farà avanti nel mio funerale" oppure avesse detto: "Lascio la mia eredità a chi sposerà mia figlia" la disposizione era nulla. Perchè i giureconsulti romani pensavano che siccome la liberalità è fatta per considerazione della persona che si vuole beneficare, questa considerazione non ci può essere quando non c'è la certezza della persona stessa, e perciò ritennero nulla la disposizione a favore di persona incerta.
Posteriormente nel diritto giustinianeo, si ebbe un concetto meno rigoroso del requisito della certezza della persona dell'erede, e ritenne sufficiente la possibilità di determinarla con criterii obbiettivi, anche se la persona sia del tutto sconosciuta al testatore. Ciò vale anche nel diritto moderno. L'incertezza di persona si ha perciò solo quando la persona beneficata nel testamento, non solo non sia stata determinata individualmente col nome e cognome, ma non possa essere determinata nemmeno in un tempo posteriore per un fatto contemplato dallo stesso testatore.
L'art. 830 dice: "È nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia incerta in modo da non potere essere determinata" Quindi se il te=

statore abbia detto: "Istituisco erede uno dei miei parenti" e i parenti sono molti, sicché è impossibile determinare quali di questi parenti il testatore abbia voluto beneficare, c'è incertezza di persona.

Se io faccio questo testamento "Istituisco erede Pietro, mio amico" siccome non si sa chi sia questo Pietro, c'è incertezza di persona e quindi nullità. Però se anche nel caso in cui io ho nominato erede il mio amico Pietro, si può determinare da fatti costanti della mia vita che il mio amico Pietro è quel tale Pietro del tal casato e non altri, simile disposizione sarà valida perché si può determinare la persona che io ho voluto beneficare.

Adunque c'è nullità della disposizione testamentaria, tutte le volte che c'è assoluta incertezza in quanto non sia in nessun modo possibile determinare la persona che il testatore ha voluto beneficare. Ma se io dico: "Istituisco erede chi sposerà mia figlia" oppure "chi mi succederà nella Cattedra di Diritto Civile" in questi casi non c'è indeterminatezza assoluta, ma relativa, cioè nel momento in cui si fa testamento non si sa la persona beneficata, ma quando si verifica il fatto preveduto dal testatore; l'incertezza sparisce e subentra la stessa certezza, come se si fosse indicata la persona col nome e cognome.

Un'applicazione di questo principio generale

che cioè la persona beneficata deve essere certa, almeno in modo relativo, in modo cioè da potere essere determinata, si ha negli articoli 831 e 832, di cui uno si occupa delle disposizioni a favore dell'anima, l'altro delle disposizioni in favore dei poveri. Volendo applicare l'art. 830 in tutto il suo rigore, le disposizioni generiche in favore dell'anima o in favore dei poveri dovrebbero ritenenersi nulle. Se io dico: "Lascio tutta la mia eredità in favore dell'anima mia, in favore delle anime del purgatorio, in favore dei poveri del mio paese, della mia provincia„ poichè non si sa chi sia il beneficato, quale sia la persona che deve ricevere il vantaggio dell'eredità, havvi incertezza assoluta di persona, quindi nullità di disposizione.

Però il legislatore ha posto per le disposizioni a favore dell'anima regole diverse che per quelle a favore dei poveri.

---

§ 104. Le disposizioni per l'anima.

Nel medio evo, per opera del diritto Canonico, le disposizioni a favore dell'anima furono molto favorite. Le liberalità propter animam redemptionem animae, e via dicendo, erano disposizioni valide, quantunque il loro scopo fosse indeterminato, perchè le disposizioni dell'anima non erano solo quelle che avevano per scopo la celebrazione di messe di suffragio, ma anche quelle che avevano per scopo la liberazione degli schiavi, o altro scopo qualsia=

si di culto o anche di beneficenza, ma che giovavano sempre alla salvezza dell'anima del testatore. Queste disposizioni vennero favorite nel senso che nonostante la loro indeterminatezza, c'era sempre il vescovo che aveva il diritto di amministrare. Lo stesso seguì nel diritto comune che estese lo stesso favore delle disposizioni in suffragio dell'anima anche alle disposizioni in favore dei poveri, perchè nei tempi antichi non si faceva differenza tra lo scopo del culto e lo scopo di beneficenza e tanto i lasciti di culto quanto quelli a favore dei poveri erano amministrati dalle autorità ecclesiastiche. Nel diritto napoletano col dispaccio del 1770 si dichiararono nulle le disposizioni fatte genericamente in favore dell'anima. Per il concordato del 1818 invece furono ritenute valide queste disposizioni.

Abolito il concordato del 1818 e richiamata in vigore l'antica legislazione, tornò in vigore il dispaccio del 1770. Il Codice Albertino adottò unica regola dichiarando valide tanto le disposizioni a favore dell'anima quanto le disposizioni in favore dei poveri, con questa limitazione che i beni lasciati in suffragio dell'anima o a favore dei poveri dovessero essere amministrati dall'istituto locale di carità. Il codice nostro ha seguito un diverso criterio; mentre ha dichiarato nulle le disposizioni generiche a favore dell'anima, ha poi dichiarato valide quelle in favore dei poveri, sebbene concepite genericamen=

te. Così il nostro legislatore ha voluto favorire lo scopo di beneficenza e non quello di culto.
Vediamo quali sono i requisiti necessarii perchè una disposizione a favore dell'anima sia nulla. L'articolo 831 dice: "Le disposizioni dell'anima o a favore dell'anima espresse genericamente sono nulle".
Da ciò risulta che le disposizioni a favore dell'anima che sono espresse non già genericamente, ma specificamente, sono valide. Infatti perchè la legge dichiara nulle le disposizioni a favore dell'anima espresse genericamente? Appunto per l'incertezza del soggetto beneficato. Ma se invece questa indeterminatezza sparisce per la specificazione fatta dallo stesso testatore, la disposizione è valida poichè il legislatore non volle contrariare le opere di culto o il sentimento religioso dell'individuo, ma permise a ciascuno di disporre del proprio patrimonio, anche in vantaggio dell'anima, purchè però ponga delle determinazioni che escludano qualsiasi incertezza. Quali sono queste indeterminazioni?
Alcuni hanno detto che basta determinare la quantità dei beni che si vogliono lasciare in favore dell'anima, perchè la disposizione sia valida.
Questa opinione è stata sostenuta dal prof. Scaduto, ma con poco successo. Egli dice: Il legislatore ha dichiarato nulle le disposizioni generiche in favore dell'anima, e valide quelle in favore dei poveri, perchè in ogni paese c'è un ente che rappresenta

i poveri e questo ente è la congregazione di carità.

Invece non in tutti i paesi c'è un istituto come la fabbriceria, che rappresenti gli interessi spirituali religiosi. Ora in quei paesi in cui la fabbriceria esiste, basta la semplice determinazione dei beni, perchè la disposizione sia valida; solo in quei paesi in cui le fabbricerie non esistono, saranno nulle le disposizioni generiche in favore dell'anima.

Inoltre, secondo lo stesso autore, il legislatore ha ritenuto nulle le disposizioni in favore dell'anima, non perchè l'anima sia assolutamente incapace, ma perchè essa si deve paragonare ad un pupillo sotto tutela; quando essa è congiunta al corpo, ha piena capacità giuridica; separata dal corpo è incapace legalmente e quindi ha bisogno di un organo tutorio, di un ente che lo rappresenti, e questo vi è nei paesi in cui esiste la fabbriceria.

Ma questa opinione è stata facilmente confutata. Anzitutto non si può equiparare l'anima ad un pupillo sotto la tutela delle fabbricerie. L'anima di per sè, come ente spirituale che non vive e non agisce nel mondo sensibile, che non ha bisogni materiali, non può considerarsi come soggetto di diritto, quindi nemmeno come un incapace sotto tutela.

E poi se la mancanza dell'esistenza di un ente che avesse cura dell'interesse dell'anima, fosse stata la ragione per cui la legge ha dichiarate nulle le disposizioni generiche in favore dell'anima, la legge

avrebbe fatto cosa inconsiderata, perchè in ogni paese esistono degli Enti che hanno la rappresentanza degli interessi spirituali, e questi enti si chiamano parrocchie.

La fabbriceria è un ente accessorio e contingente non necessario; perchè la parrocchia è quella che ha la rappresentanza degli interessi spirituali.

L'opinione comune pertanto è che due siano le determinazioni necessarie per rendere specifiche le disposizioni in favore dell'anima. Anzitutto l'indicazione dei beni lasciati, ed in secondo luogo la indicazione di una persona la quale deve adempire lo scopo del testatore, oppure di una persona la quale abbia diritto ad avere l'emolumento pecuniario per adempire le opere di culto volute dal testatore.

Se io dico: "Istituisco erede universale l'anima mia" e nomino una persona la quale deve vigilare sull'esecuzione della mia volontà, cioè deve far dire delle messe in suffragio dell'anima mia, in questo caso c'è disposizione espressa specificamente, perchè c'è indicazione di beni, c'è indicazione della persona incaricata di eseguire la mia volontà.

Oppure io nomino una persona, mio erede o legatario coll'incarico di spendere una data somma all'anno per l'anima mia: anche questa disposizione è valida senza dubbio.

Come pure è valida se dico: "Lascio tanto in favore

dell'anima mia per messa da celebrarsi dal parroco pro tempore". Si domanda però se sia necessario inoltre specificare la qualità del suffragio, la natura dell'opera che si deve compiere in favore dell'anima.

Il Filomusi Guelfi ha sostenuto l'opinione che non bastano la determinazione dei beni e la determinazione della persona incaricata dell'esecuzione della disposizione, ma è necessaria anche la determinazione della qualità del suffragio, perchè, secondo la dottrina proclamata dalla Chiesa Cattolica, dai più antichi tempi fino ad oggi, i suffragi sono di diverse specie: messe, preghiere, elemosine ed altre opere buone che possono essere fatte in vantaggio delle anime del purgatorio.

Ora, dice il Filomusi, se opere diverse possono essere fatte in suffragio dell'anima, quando il testatore non dice quale specie di suffragio egli desidera, non c'è determinazione sufficiente per eliminare l'incertezza.

Quindi, oltre la determinazione dei beni, oltre la determinazione della persona incaricata, è necessaria la indicazione della specie del suffragio.

Ma questa opinione troppo rigorosa non è da accogliersi, perchè la regola generale è che bisogna interpretare le parole del testatore secondo la sua probabile intenzione. Non c'è bisogno che il testatore indichi la qualità del suffragio voluto, per-

la dottrina della Chiesa Cattolica è questa: che sebbene i suffragi siano diversi, il massimo fra tutti è la messa. Quindi se una persona lascia i suoi beni in suffragio dell'anima sua, certamente è da presumere che voglia, secondo la legge del minimo mezzo, raggiungere il massimo risultato che è possibile conseguire con i beni che lascia: e quindi voglia la celebrazione delle messe in suffragio dell'anima sua.

Basta quindi che il testatore determini i beni e la persona incaricata dell'esecuzione della sua volontà, perchè la disposizione sia valida, giacchè si deve intendere che egli abbia voluto avvantaggiare l'anima sua mercè la celebrazione delle messe, che è il massimo suffragio possibile.

---

§ 105. Le disposizioni generiche in favore dei poveri.

All'opposto delle disposizioni in favore dell'anima, le disposizioni in favore dei poveri, anche se espresse genericamente, non sono nulle: però se ne gioverà la congregazione di carità del luogo (articolo 832).

Ma perchè la congregazione di carità possa trarne vantaggio, è necessario che la disposizione sia generica; se è specifica non ha diritto a nulla. L'art. 832 dice: "Le disposizioni a favore dei poveri o altre simili espresse genericamente, senza che sia

determinato l'uso, l'opera pia o il pubblico istituto in cui favore sia fatta, o quando la persona incaricata dal testatore di determinarla, non voglia o non possa accettare l'incarico, si intendono fatte in favore dei poveri del luogo, del domicilio del testatore a tempo di sua morte e sono devolute all'istituto locale di carità.

La legge dice disposizioni a favore dei poveri od altre simili, come per es. in favore dell'infanzia abbandonata, degli operai invalidi, dei ciechi, degli storpi, etc.; onde anche se la disposizione è fatta in favore di una determinata classe di poveri, non si ha mai specificità; ed il lascito, anche in questi casi sarà devoluto alla congregazione locale di carità. Vediamo perciò quando le disposizioni in favore dei poveri o altre simili si debbono considerare come specifiche. Si ha una disposizione specifica se è determinato l'uso da farsi delle sostanze lasciate come nel caso che uno disponga: "Lascio il mio patrimonio per costituire la dote delle zitelle povere del mio paese". Qui c'è legato in favore dei poveri, ma è un legato specifico, perchè si determina l'uso che si intende fare delle sostanze lasciate, onde la Congregazione di Carità non avrà alcuna ingerenza. Così ancora se si dica: "Lascio i miei beni per costituire il patrimonio sacro dei preti poveri del mio paese" in questo caso, sebbene si tratti di disposizione in favore dei poveri,

pure, giacchè si determina l'uso specifico che del mio patrimonio deve farsi, esso non va devoluto alla Congrega di Carità. Ancora c'è specificazione ove, anche se non è determinato l'uso, sia determinata l'opera pia o l'istituto pubblico in favore del quale è fatta la disposizione; perchè in tal caso è determinata la stessa persona dell'erede o del legatario. Così se io dico: "Lascio £ 1000 in favore del tale ospedale per la costruzione di un padiglione per i tisici" evidentemente qui c'è specificazione perchè c'è istituzione di erede o nomina di legatario e quindi non c'è incertezza alcuna.

Ancora c'è specificazione quando pur non essendo stabilito l'uso a cui deve essere destinata la disposizione, o non essendo determinato l'ente o la persona in cui favore è fatta la liberalità è determinata la persona incaricata di stabilire l'uso che deve farsi delle sostanze lasciate, o l'ente a cui favore la disposizione deve rivolgersi. Così, se io faccio un legato così concepito: "Lascio il mio avere ai poveri del luogo con l'incarico a Tizio di determinarne l'uso, o pure con l'incarico a Tizio di determinare l'ente che dovrà amministrare e distribuire le rendite" Qui il legato è specifico, diventa però generico ove la persona designata non voglia o non possa accettare l'incarico. Allora subentrerà la Congrega di Carità.

---

§ 106. La nomina dell'erede o del legatario deve essere fatta dallo stesso testatore.

Abbiamo visto che per potere aversi un'istituzione valida, è necessario che la persona dell'onorato sia certa. Ma questo non basta: è necessario ancora che la persona certa sia nominata dallo stesso testatore e non da un terzo.

Tale principio è sanzionato dall'art. 834: "è parimenti nulla ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo„ Nel diritto romano non si poteva rimettere all'arbitrio assoluto del terzo la nomina dell'erede o del legatario. Cioè non si poteva dire: "Istituisco erede colui che a Tizio piacerà, faccio un legato in favore di colui che Tizio vorrà„

Queste disposizioni erano nulle, non solo perchè c'era incertezza assoluta sulla persona beneficata, ma inoltre veniva a rinunciarsi al diritto di testare. La disposizione testamentaria deve essere la espressione della volontà personale del testatore. Ma quando il testatore dice "Istituisco erede colui che a Tizio piacerà„ oppure "Faccio un legato in favore di colui che Tizio designerà„ egli non viene ad esprimere la propria volontà, ma si rimette alla volontà altrui.

Però per diritto romano, se il testatore designava una certa classe, un certo numero di persone tra cui il terzo aveva diritto a scegliere, la disposi=

zione era valida. Se il testatore avesse detto "Istitui=
sco erede quello dei miei fratelli che Tizio sceglierà,
quello dei miei domestici che Sempronio elegge=
rà" queste disposizioni erano valide; perchè qui
l'arbitrio del terzo non era illimitato, ma era
circoscritto entro una determinata classe di perso=
ne su una delle quali doveva cadere la scelta.
Nel diritto medioevale le cose cambiarono: preva=
lendo il sistema delle disposizioni fiduciarie, fu=
rono ritenute valide le disposizioni testamenta=
rie in favore di persone da nominarsi dal terzo
a suo arbitrio, ancorchè nessuna limitazione fos=
se stata posta dallo stesso testatore.
Soltanto ci fu un'ordinanza francese, la qua=
le limitò la validità della disposizione testa=
mentaria in favore di persone da nominarsi da
un terzo, quando la scelta del terzo fosse stata
ristretta dallo stesso testatore ad una data clas=
se di persone o a un dato numero.
Fu soltanto la legge rivoluzionaria del nevoso
Anno II° che proibì la facoltà di scelta del terzo,
ancorchè così limitata. Il Codice Napoleonico
tacque su questo argomento: da ciò la questione
tra i giuristi se sia proibita la facoltà di deferi=
re la scelta al terzo oppur no.
La maggior parte degli autori crede che la leg=
ge rivoluzionaria del nevoso Anno II° sia stata ta=
citamente riprodotta nel Codice e perciò ritiene che

il testatore non possa rimettere all'arbitrio del terzo l'istituzione di erede o la nomina di legatario, sia pure limitatamente ad un certo numero di persone.
Altri invece credono che quest'opinione non è conforme alla logica, poichè dicono: se è principio generale che la disposizione testamentaria sia nulla quando c'è incertezza di persona, tale incertezza non esiste in modo assoluto quando il testatore determina il numero delle persone, tra cui l'erede o il legatario si debbono scegliere: quindi manca la ragione per la quale la legge commina la nullità di simili disposizioni. Ora il Codice, non avendo riprodotta la legge eccezionale che tassativamente proibiva la facoltà di scelta del terzo, deve ritenersi che abbia voluto riferirsi al principio generale, e abbia accolto quindi il principio romano, cioè la possibilità della nomina di erede o legatario fra un certo numero di persone da sceglier si da un terzo.
Quando si compilò il Codice Albertino, si adottò il principio della legge rivoluzionaria francese, cioè che il testatore non può lasciare all'arbitrio, sia pure limitato del terzo, la nomina dell'erede, adoperandosi nel progetto del Codice, queste parole: "È parimenti nulla ogni disposizione a titolo universale fatta in favore di persone da nominarsi da un terzo". Ma fu osservato che, dicendosi la disposizione a titolo universale non può es-

sere rimessa all'arbitrio del terzo, ne sarebbe derivata la conseguenza che, trattandosi invece di legato, cioè di disposizione a titolo particolare, la nomina poteva essere deferita all'arbitrio del terzo; mentre questo non si voleva. Nella redazione definitiva, il testo dell'art. 807 del codice Albertino fu così modificato: "È parimenti nulla ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo, e nel capoverso si aggiunge che la facoltà di scelta del terzo riguardo alle disposizioni a titolo particolare poteva ammettersi solo in maniera limitata: cioè il legatario poteva essere nominato dal terzo quando il testatore avesse designato una certa classe, un certo numero di persone fra cui il terzo ha diritto di scegliere.

E così nacque la disposizione del codice nostro che ha riprodotto il Codice Albertino, Infatti l'articolo 834, dopo aver detto che è parimenti nulla ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo, aggiunge nel capoverso: "Ma è valida la disposizione a titolo particolare in favore di persona da scegliersi da un terzo fra più persone determinate dal testatore ed appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati, ed è pure valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno fra più corpi morali determinati parimenti dal testatore."

Da questo articolo si ricava la conseguenza

che mentre non è possibile dire: "Istituisco erede quello dei miei fratelli che a Tizio piacerà„ è possibile invece dire: "Dò, lego il tale immobile a quello dei miei fratelli che a Tizio piacerà di scegliere„.

La legge così ha seguito per la istituzione di erede un criterio diverso da quello per la nomina del legatario. Qual'è la ragione logica di questa diversità?

Ragione logica non ce ne è, anzi la logica ci indurrebbe a sostenere che sebbene le parole della legge siano limitate alle sole disposizioni a titolo particolare, pure esse debbono estendersi anche alle disposizioni a titolo universale. Perchè, se la ragione della legge è l'incertezza, questa vi è solo quando io dico: "Lascio erede chi a Tizio piacerà„ perchè si ignora completamente la persona su cui cadrà la scelta di Tizio; ma quando il testatore prefigge un criterio per la scelta dell'erede, evidentemente manca l'incertezza della persona. In secondo luogo che differenza passa tra legato e istituzione di erede? Se la legge ritiene nulla la istituzione di erede rimessa all'arbitrio sia pure rigorosamente circoscritta del terzo, la stessa conseguenza dovrebbe verificarsi per il legato. E per converso, se la legge ritiene valida la disposizione a titolo particolare in cui la nomina del legatario sia rimessa alla scelta del terzo, circoscritta entro un determinato numero

di persone, perchè deve dirsi il contrario per le disposizioni a titolo universale?

Non v'è dunque alcuna ragione per un diverso trattamento e secondo i principii bisognerebbe concludere che tanto la istituzione di erede, quanto la nomina del legatario sono valide, qualora il terzo debba scegliere tra un certo numero di persone determinate dal testatore. Però, dovendoci attenere alla lettera dell'articolo, che è troppo chiara, anche tenuto conto della storia della disposizione, dobbiamo confessare che la legge è irrazionale.

Esaminiamo ora esegeticamente il capoverso dell'art. 834 per intendere il significato di qualche frase poco esatta. Che vuol dire la frase appartenenti a corpi morali?

Evidentemente questa frase è usata in senso improprio. Corpi morali in senso proprio si intendono le persone giuridiche, cioè gli enti che abbiano avuto il riconoscimento dallo Stato e funzionano come soggetti unici di diritti. Qui invece la legge ha usato la frase "corpi morali" in senso improprio, cioè non soltanto in senso di persone giuridiche, ma nel senso di enti collettivi, anche se privi di personalità giuridica, perchè lo scopo della legge è quello di dichiarare che se il testatore ha disposto: "Voglio che sia legatario una delle persone che appartengono alla tale famiglia

oppure: "Voglio che sia legatario alcuno delle persone che appartengono alla tale associazione, al tale club, al tale circolo sportivo" in simili casi vi è la determinazione necessaria e quindi validità del legato: e poco importa che la famiglia, l'associazione, il club, non siano persone giuridiche o corpi morali in senso tecnico. Ancora si osserva che, sebbene la frase corpi morali sia comprensiva e possa abbracciare tutti gli enti collettivi, ed anche le associazioni che non hanno personalità giuridica, pure essa non comprende nè i comuni nè le provincie. Se io dico nel testamento: "Lascio i miei mobili a quello dei miei cittadini del mio Comune che a Sempronio piacerà scegliere" apparentemente osservo la legge, ma non la osservo in realtà: la osservo apparentemente in quanto che il comune per sè stesso è corpo morale e quindi limito la scelta del terzo tra le persone appartenenti al comune; ma non in realtà in quanto che i membri del comune, che certo è corpo morale, sono tanti, da lasciare assolutamente illimitata la facoltà di scelta del terzo.

Invece secondo alcuni, nella seconda parte dello stesso capoverso dell'art. 834, quando si parla di corpi morali fra cui può scegliere il terzo, se ne parla in senso proprio; perchè, si dice, se uno nomina legatario quello degli ospedali della sua provincia che a Tizio piacerà preferire, evidentemente

non può il terzo scegliere un ospedale non ancora eretto in ente morale, perchè privo di capacità. Ma secondo noi ciò è inesatto. Se il testatore può beneficare direttamente un ente morale non ancora riconosciuto dallo Stato, non si deve essere difficoltà ad ammettere la nomina indiretta e delegata al terzo entro una data categoria. Vuol dire che il terzo o, in mancanza, la congrega di Carità, promuoverà le pratiche occorrenti pel legale riconoscimento dell'ente che avrà prescelto. Quello che occorre è che si tratti di enti per lo meno esistenti in via di fatto, perchè altrimenti non sarebbe possibile alcuna scelta da parte del terzo.

Ma se è nulla la nomina dell'erede o del legatario rimessa interamente all'arbitrio del terzo, sarà anche nulla la nomina dell'erede o del legatario fatta direttamente dal testatore, ma sotto la condizione se il terzo vorrà? La legge nostra non si occupa di questo caso, ma se ne occupava il diritto romano, le cui soluzioni si possono adottare anche da noi, perchè costituiscono delle conseguenze logiche di principii generali in materia di diritto successorio, accolti anche dalla legge nostra. Se io dico: "Istituisco erede mio fratello Tizio, se piacerà a mia moglie" io determino chi deve essere mio erede, non lascio all'arbitrio di un terzo il determinarlo: però praticamente il risultato è lo stesso perchè tanto vale il dire: "Voglio che sia mio

erede quello che a mia moglie piacerà di scegliere" quanto vale dire "Voglio che sia erede mio fratello se a mia moglie piacerà" Evidentemente nell'un caso e nell'altro io rinunzio alla facoltà di testare, facendo dipendere la validità della mia disposizione dalla volontà di un terzo; poichè nell'un caso dalla volontà del terzo dipende la scelta dell'erede, nell'altro, dalla volontà del terzo dipende la conferma della mia scelta.

Perciò, per diritto Romano, non si poteva fare nè istituzione di erede nè legato sotto la condizione "Si Titius voluerit" cioè sotto la condizione dell'arbitrio di un terzo. E questo stesso deve ammettersi anche per diritto nostro, poichè principio fondamentale è che il testamento deve essere l'espressione della volontà personale del testatore. Ma la disposizione la cui efficacia è rimessa ad arbitrio del terzo, sarà nulla, oppure sarà valida, dovendosi ritenere come non apposta la sola condizione "se il terzo vorrà"?

Alcuni autori hanno detto che è nulla tutta la disposizione; altri che è nulla soltanto la condizione. Quale opinione dobbiamo seguire?

Quella che è nulla tutta la disposizione. Perchè qui non siamo in presenza di una condizione impossibile o illecita: ciò che la legge ha voluto proibire non è il fatto "se Tizio vorrà" ma l'intera disposizione, cioè il far dipendere l'istituzione di ere=

de o la nomina del legatario dalla volontà di un terzo: il volere del terzo è per sè stesso un fatto lecito, ciò che è illecito è la disposizione sotto la condizione "se il terzo vorrà„ Quindi l'intera disposizione è nulla.

Il nostro Codice infatti, parla di condizioni che si debbono ritenere come non apposte, quando il fatto posto sotto la condizione sia un fatto illecito o contrario alla legge o all'ordine pubblico: qui invece, contrario alla legge non è il fatto della manifestazione di volontà del terzo, ma l'atto stesso del testatore che contraddice all'essenza del testamento che deve essere espressione della volontà personale di chi lo fa. Quindi l'intera disposizione deve ritenersi nulla. Però, si domanda, c'è nullità anche quando il testatore fa dipendere l'efficacia della sua disposizione non già dal mero arbitrio di un terzo, ma da un fatto potestativo del terzo?

I giureconsulti romani distinsero nettamente le due ipotesi. Mentre era nulla la disposizione alla condizione "Si Titius voluerit„ era valida la disposizione con la condizione: se Tizio salirà in Campidoglio. Perchè questa differenza?

Non è forse il fatto di salire in Campidoglio un fatto meramente volontario?

A prima vista parrebbe che tanto vale dire: "Istituisco erede mio fratello, se a mia moglie piacerà„ quanto vale dire "Istituisco erede mio fra=

tello se mia moglie farà un viaggio in America" eppure non è così; perchè nel primo caso dalla volontà del terzo dipende __direttamente__ l'efficacia della disposizione testamentaria; invece nel secondo caso dalla volontà del terzo dipende il compimento di un fatto a cui si subordina l'efficacia della disposizione: quindi, mentre nel primo caso io rinunzio alla mia volontà e mi rimetto alla volontà di un terzo, nel secondo caso invece, sono sempre io che esprimo la mia volontà, sebbene in maniera condizionata.

Ancora non è nulla la disposizione testamentaria, qualora la sua efficacia non sia rimessa al mero arbitrio del terzo, ma al __prudente__ arbitrio di esso. Se io dico: "Istituisco erede Tizio se a Sempronio piacerà" dipenderà dal mero capriccio di Sempronio che Tizio sia erede o no. Invece se io dico: "Istituisco erede Tizio se Sempronio crederà che Tizio sia ben meritevole o crederà che abbia compiuto questo fatto" io mi rimetto non già all'arbitrio del terzo, bensì al prudente apprezzamento che farà il terzo di certe circostanze di fatto a cui io collego la mia disposizione.

Tale disposizione è validissima perchè qui c'è esclusivamente espressione della mia volontà personale; ma siccome sono in dubbio su certe circostanze e non saprei o non potrei giudicare dell'esistenza o no di esse, mi rimetto al giudizio di un terzo.

Uno dei casi più comuni sarebbe questo: "Lascio u=
na pensione vitalizia a quello dei miei domestici
che mi sarà più fedele nella mia ultima malattia,
secondo il giudizio che ne darà mia moglie."
Questo giudizio può essere esatto o errato, ciò non im=
porta, certo non può dirsi rimessa all'arbitrio del ter=
zo l'efficacia della disposizione, ma è affidata al
terzo la prudente valutazione del concorso di quel=
le circostanze che mi mossero a fare la liberalità te=
stamentaria.

---

§107. Le disposizioni fiduciarie.

Perchè una disposizione testamentaria sia vali=
da, non basta che la persona sia certa e che sia
nominata dal testatore, ma è necessario anche
che sia nominata nel testamento: se è nominata
dal testatore, ma in un altro atto, allora abbiamo
come si è visto a suo tempo il testamento per rela=
tionem e quindi nullità della disposizione: se poi
la persona è designata dal testatore, ma il suo
nome è segretamente ed in confidenza partecipa=
to a qualcuno che apparisce come nominato nel
testamento, si ha anche nullità.
In quest'ultimo caso si ha la così detta "fiducia"
o "disposizione fiduciaria". Disposizioni fiduciarie
sono tutte quelle disposizioni fatte apparentemen=
te in favore di una persona nominata nel testa=
mento come erede o legatario, ma coll'incarico

segreto di dare l'emolumento dell'eredità o del legato ad un'altra persona indicata ad aures cioè segretamente: dimodochè secondo l'intenzione del testatore, l'erede o legatario nominato nel testamento dovrebbe compiere l'ufficio di organo di trasmissione dei beni lasciati, di intermediario tra il defunto ed il vero erede o legatario.

Le disposizioni fiduciarie rientrano nella categoria generale dei negozi fiduciari, i quali, secondo la dottrina moderna, sono tutti quelli che giuridicamente importano trasferimento di cose e diritti, mentre praticamente non hanno per iscopo l'aumento del patrimonio dell'acquirente, ma tutt'altro. Essi, tenuto conto, s'intende, della effettiva volontà delle parti, si distinguono da negozi simulati, perchè mentre questi non operano il trasferimento, quelli invece l'operano effettivamente; soltanto chi acquista è obbligato a servirsi delle cose non per sè, ma per lo scopo per cui gli fu data; talchè ove ne disponga per uso diverso, la disposizione sarà valida, ma produrrà l'obbligo del risarcimento del danno all'altra parte per la violata fiducia.

Per avere il negozio simulato per interposizione di persona, è necessario l'accordo di tre persone: di colui che deve acquistare il diritto, di colui che lo trasferisce e di colui che si interpone come semplice presta nome perchè così il diritto passa di-

rettamente da una persona all'altra sotto il nome di una terza. Invece nel negozio fiduciario l'intermediario o l'interposta persona non è uno che presta soltanto il nome, ma è invece uno il quale, secondo la stessa intenzione dei contraenti, acquista il diritto, solo l'acquista non per sè, bensì con l'obbligo di trasmetterlo ad un altro.

La figura del fiduciario si può paragonare alla figura del mandatario che agisce in proprio nome. Io posso dare l'incarico ad una persona di comprare un fondo; questo mandatario può agire in due modi: o dichiarando il nome mio, oppure dicendo di comprare a nome proprio.

Il mandatario che compra in nome proprio, acquista un diritto proprio con l'obbligo di trasferire il diritto acquistato al mandante. Così avviene nel caso della fiducia in cui c'è una persona la quale acquista un diritto trasmessogli, ma l'acquista non per sè ma con l'obbligo di trasmetterlo a un altro.

Ora, per principio generale il negozio fiduciario è un negozio valido e la prova della fiducia può farsi per obbligare chi ha acquistato il diritto a trasmetterlo ad altri, o in genere, a farne l'uso indicatogli, e, in mancanza, a risarcire il danno. Invece, quando la fiducia è contenuta in un testamento, che cosa deve dirsi?

Il diritto medioevale si atteneva al principio

generale e permetteva la prova diretta a dimostrare che colui il quale nel testamento appariva erede o legatario, non era l'erede o il legatario vero a cui intendeva il testatore attribuire i beni, ma era uno a cui il testatore aveva dato incarico di trasferire il diritto ad un terzo il quale doveva essere il vero beneficato.

Nel diritto comune il sistema fiduciario era generalmente invalso: se ne servivano molti, sia per beneficare opere pie sia per beneficare persone che non si volevano avvantaggiare direttamente.

Invece nella dottrina francese, siccome il Codice non ne parlava, si cominciò a dubitare della validità delle istituzioni fiduciarie, e si ritenne da molti che queste dovessero considerarsi come nulle. Poichè si disse: la persona che il testatore vuole realmente beneficare, siccome non apparisce nel testamento, non ha diritto a niente, perchè non ci può essere erede o legatario che non risulti tale da un testamento.

Essendo il testamento un atto formale e non essendo ammesso il testamento nuncupativo, chi pretende il diritto al legato o all'eredità, deve essere nominato in un atto che ha la forma di testamento; ora, siccome la persona che è indicata ad aures al fiduciario, non apparisce dal testamento, non potrà pretendere alcun diritto successorio. D'altra parte, la persona no=

minata nel testamento non è, secondo l'intenzione del testatore, l'erede o il legatario vero, quindi egli, avuto riguardo all'intenzione del testatore, non può pretendere quella qualità per sè, giacchè è un erede o legatario nominale soltanto. Quindi la disposizione fiduciaria è nulla per intiero: non produce nessun effetto, nè a vantaggio di chi apparisce nominato nel testamento, nè di colui che venne indicato segretamente dal testatore. Così al sistema antico che riteneva valida la fiducia, nel senso che l'erede o il legatario fossero obbligati a trasferire il diritto; si sostituì il sistema opposto per cui nessuno aveva diritto a succedere in base al testamento.

Il Codice Albertino invece ritenne che le disposizioni fiduciarie non potessero essere valide nel senso antico, che cioè il testatore non potesse beneficare con efficacia giuridica la persona indicata segretamente; ma d'altra parte ritenne che la persona nominata nel testamento avesse diritto di giovarsi della disposizione testamentaria. Cosicchè le disposizioni fiduciarie sono nulle per intero; ma solo che potrebbe ammettersi la prova della fiducia.

Il Codice Albertino ammise cioè che quando c'è disposizione fiduciaria, il vero erede o legatario al cospetto della legge è la persona nominata nel testamento: quegli che venne indicato ad aures non ha diritto di agire in giudizio per provare che sebbene altri sia chiamato nel testamento come erede o

legatario, pure egli è il vero erede o legatario, perchè l'altro è una semplice persona interposta o fiduciario. E questo sistema fu seguito dal codice nostro (articolo 825). Cosicchè alla domanda se la disposizione fiduciaria sia valida o nulla nel nostro codice non si può rispondere nè affermativamente nè negativamente. Non si può dire che è nulla, perchè la disposizione fiduciaria produce effetti giuridici, sebbene non in favore della persona che il testatore intese realmente beneficiare, ma (contrariamente all'intenzione del testatore) a favore di colui che apparentemente è indicato nel testamento.

Non si può dire che la disposizione fiduciaria sia valida, perchè la validità della fiducia importerebbe attuazione completa dell'intenzione del testatore: infatti il testatore vuole beneficiare il terzo che è rimasto occulto e che invece rimane a mani vuote, mentre colui che il testatore volle costituire mero organo di trasmissione dei suoi beni, resta realmente proprietario, come se fosse il vero erede o il vero legatario, giacchè non è ammessa la prova della fiducia.

Infatti l'art. 829 dice: "Non è ammessa alcuna prova che le disposizioni in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona nonostante qualunque espressione che nel testamento la indicasse o potesse farla presumere".

Come si vede chiaro, la legge dice che non è ammes-

sa nessuna prova diretta a dimostrare che chi appa=
risce in un testamento erede o legatario, non è il ve=
ro erede o il vero legatario, ma che invece è una per=
sona interposta per beneficare un'altra.

Questa prova non è ammessa anche nel caso che
vi fosse qualche espressione del testatore che la indi=
casse o potesse farla supporre. Che vuol dire questa
ultima frase?

La frase è poco esatta: parrebbe a prima vista che
la prova sarebbe inammissibile anche nel caso che
il testatore avesse detto: "Lascio la mia eredità a Ti=
zio con l'obbligo di darne parte a Sempronio". In=
fatti quel pronome la, a chi si riferisce gramma=
ticalmente se non a persona?

Sicchè parrebbe non essere ammessa alcuna prova,
non solo nel caso in cui dal testamento o da altre
congetture si potesse argomentare indirettamente
che il legato e l'eredità deve andare ad una perso=
na occultamente indicata, ma anche nel caso che
questa persona vi fosse indicata nel testamento stes=
so. Ora se così dovesse interpretarsi il testo della leg=
ge, questa verrebbe ad essere in contradizione col
principio, riconosciuto anche nel diritto nostro, che
si può incaricare una persona chiamata erede o
legatario, di dare i beni in tutto o in parte ad u=
na terza persona, cioè verrebbero ad essere proibi=
te le disposizioni modali in favore di determina=
ta persona.

Ma evidentemente non è così. Quando la persona che il testatore voleva realmente beneficare, non risulta dal testamento, ma bisognerebbe fare un'indagine per determinarla, allora non è ammessa la prova dell'intenzione occulta del testatore: ma quando quella indagine è perfettamente superflua, perchè nel testamento è indicata la persona a cui favore deve andare l'eredità o il legato, la disposizione potrà essere nulla per altre ragioni, come se importi sostituzione fidecommissaria; ma se altre ragioni di nullità non vi siano, diverse da quelle contemplate dall'art. 829, sarà pienamente valida.

Ed allora, come si deve interpretare quel pronome la?

È una inesattezza grammaticale in cui si incorse per eliminare una scorrettezza linguistica, che si trova nel Codice Albertino il quale dice: "non è ammessa prova alcuna, nonostante alcuna espressione del testamento, che lo indicasse e potesse farlo presumere„ Quel pronome lo è anch'esso una sgrammaticatura: ma significava chiaro il pensiero del legislatore, cioè: nonostante qualunque espressione del testamento che potesse indicare e far presumere ciò, cioè l'esistenza di una disposizione fiduciaria.

I redattori del nostro Codice, non volendo riprodurre quella sgrammaticatura, usarono la invece di lo, ma così non si accorsero che non rendeva esattamente il pensiero.

Tuttavia si deve ritenere che il nostro legislatore intese dire che anche se vi sia una espressione del testatore la quale faccia apparire l'intenzione di aver voluto beneficare un terzo che non è indicato nel testamento, ciò non varrà a nulla, e la prova sarà sarà sempre impossibile.
Se per es. nel testamento si dica: "Istituisco erede Tizio con l'obbligo di fare ciò che gli ho indicato, o con l'incarico di dare alla persona che egli sa" qui certamente risulta evidente dalle espressioni adoperate che si tratta di una disposizione fiduciaria; purnondimeno è inammissibile la prova.
Se invece si dica: "Lascio la mia eredità a Tizio con l'obbligo di darne parte a Sempronio" qui non c'è quella fiducia che la legge non vuole garentire, ma c'è disposizione <u>sub modo</u> e quindi validità in favore del terzo indicato.
Ma la questione più grave intorno alle disposizioni fiduciarie è un'altra. Non è ammessa alcuna prova anche quando il terzo sappia che egli fu indicato dal testatore ad aures erede o legatario, onde egli non può agire in giudizio per dire: "Io voglio provare che da una lettera del testatore, oppure in base a prove testimoniali, l'istituito erede o legatario non era quello che il testatore voleva beneficare, ma invece sono io."
Non v'ha dubbio che ciò non si può fare. Ma poniamo che l'erede o legatario nominato nel te=

stamento, dichiari egli stesso che esiste la fiducia, dicendo: "Io, sebbene nominato erede o legatario, non sono il vero erede o legatario, perchè in coscienza debbo dire che, sebbene tale qualità risulti dal testamento, pur nondimeno il testatore mi diede l'incarico di passare il legato o l'eredità a Tizio".

Quale effetto produce questa confessione dell'esistenza della fiducia?

Produce l'effetto di attribuire al terzo il diritto dell'eredità o al legato, oppure non produce alcun effetto giuridico?

La risposta si ha risolvendo la questione: qual'è l'indole dell'obbligo del fiduciario? L'obbligo che il testatore ingiunge al fiduciario e che la legge non garentisce, in quanto che nega la prova per costringerlo all'adempimento, è un obbligo di indole giuridica o di indole morale?

Se è un obbligo di indole giuridica, la confessione potrà essere un mezzo sufficiente per dare al terzo il modo di adire il magistrato e pretendere il suo diritto. Se invece è un obbligo semplicemente morale, la dichiarazione dell'esistenza della fiducia non aggiunge niente a quest'obbligo che resterà puramente morale, e quindi non sorgerà nel terzo il diritto di agire. Ora, che cosa bisogna ritenere?

La giurisprudenza ha spesso ritenuto che l'obbligo del fiduciario sia un obbligo giuridico, seb=

bene vi siano divergenze sull'indole di quest'obbligo, dicendolo alcuni una obbligazione giuridica naturale, dicendolo altri una obbligazione giuridica civile, sebbene sfornita di prove: la giurisprudenza (specie la più antica) ha quindi molte volte deciso che, ove il fiduciario dichiari la persona indicatale ad aures dal testatore, questa dichiarazione fa sì che quella persona possa agire in giudizio e pretendere ciò che le spetta. Ma questa opinione non merita di essere accolta.

Anzitutto è errato dire che l'obbligazione del fiduciario sia naturale. Qui non posso entrare a discutere intorno all'indole della obbligazione naturale; dirò soltanto che l'obbligazione naturale produce il solo effetto che chi l'adempie volontariamente non può ripetere ciò che ha dato: ma altri effetti non produce: l'ipoteca, la fidejussione, la novazione, il riconoscimento non sono efficaci ad attribuire effetti civili all'obbligazione naturale.

Ora, se l'obbligazione del fiduciario è un'obbligazione naturale, non si capisce come mai la semplice dichiarazione del fiduciario dell'esistenza della fiducia possa produrre l'effetto di far sorgere in favore della persona dichiarata il diritto di agire in giudizio, se l'obbligazione naturale resta tale, cioè resta sfornita di azione civile sempre; e solo dà luogo, quando sia adempita all'eccezione della

soluti retentio. Perciò il Gianturco in un suo primo lavoro che gli servì di tesi per la libera docenza, sostenne una opinione più ardita, ma più logica

Egli disse che l'obbligo del fiduciario non è naturale, ma civile; soltanto la legge nega la prova, l'azione non già; ciò per motivi di opportunità pratica, cosicchè quando i motivi del divieto della prova non concorrano come nel caso di confessione, l'azione si può sperimentare.

Perciò, diceva il Gianturco, secondo il Codice nostro l'obbligazione del fiduciario non è una obbligazione naturale, ma un'obbligazione civile per cui la legge ha negato la prova, o per dir meglio non ammette altra prova che la confessione.

Questa teoria, giova notarlo, diversifica dall'altra soltanto teoricamente, mentre poi concorda negli effetti pratici.

Infatti, tanto la teoria precedentemente esposta, quanto quella del Gianturco, concludono con l'ammettere che la confessione della fiducia importa nel terzo il diritto di adire il magistrato per ottenere la liberalità fattagli dal testatore segretamente: se non che il Gianturco più coerentemente dice che è un'obbligazione civile la quale non ammette altra prova che la confessione del fiduciario. Ma questa opinione, sebbene conforme alla morale e all'equità, è contraria alla legge.

la quale all'art. 829 dice che non è ammessa alcuna prova. Ora, se noi diamo efficacia alla confessione del fiduciario che cosa facciamo?

Ammettiamo la possibilità della prova, poichè la confessione non è altro che un mezzo di prova. Ma se la legge dice che non è ammessa alcuna prova, come dunque noi possiamo ammettere una prova, sia pure la confessione? Nè vale dire che la confessione non è una prova, perchè mentre per principio generale chi deve provare è l'attore, quando c'è la confessione l'attore è esentato dalla prova. Questa osservazione non è esatta perchè anzitutto, nel sistema del nostro Codice la confessione è annoverata fra i mezzi di prova, e poi logicamente non importa se la confessione produca esenzione dalla prova; è sempre un mezzo di prova che differisce dagli altri, in ciò che non viene adibito da colui che per principio generale, dovrebbe fornirlo, ma è da un altro che non vi sarebbe tenuto; ma è sempre un mezzo di prova. Ora se la legge dice che non è ammessa alcuna prova, vuol dire che non è ammessa nemmeno la confessione. Supponiamo che si faccia una dichiarazione anche scritta: il terzo indicato in questa dichiarazione si rivolge al magistrato per pretendere il suo diritto; chi ha fatto la dichiarazione nega. Che cosa bisogna fare? Bisogna provare che realmente la dichiarazione

fu scritta da lui. Ciò avverrà per la dichiarazione orale: il terzo che pretende il suo diritto in base alla confessione del fiduciario, se questi nega in giudizio, dovrebbe provare. Dunque anche volendo ammettere che la confessione non sia un mezzo di prova, siccome la confessione molte volte ha bisogno di essere provata essa stessa, si verrebbe così indirettamente a provare la fiducia e quindi a violare la disposizione di legge.

Inoltre, se valesse la confessione spontanea, come potrebbe negarsi il diritto di provocare la confessione mediante l'interrogatorio? E questo non è un mezzo di prova?

Quindi è chiaro che se non è ammesso nessun mezzo di prova, non è ammessa neppure la confessione. Nè vale in contrario invocare i lavori preparatori del Codice Albertino: giacchè in essi si trovano manifestate delle opinioni discordanti fra di loro. È vero che secondo alcuni, doveva bastare la condizione del fiduciario perchè il terzo potesse adire al magistrato, ma è vero pure che tale opinione fu da altri contraddetta; quindi non possiamo noi argomentare quale sia stata l'intenzione subbiettiva del legislatore, tanto più che questa intenzione non trova corrispondenza nella espressione obbiettiva della legge, in cui è detto che nessuna prova è ammessa. Oltre queste ragioni, ve ne sono altre desunte dagli inconvenienti pratici che deriverebbero attribuendo

efficacia alla confessione. Avvilutto si verrebbe ad ammettere la possibilità del fidecommesso larvato: potendo il fiduciario fare le sue dichiarazioni nel testamento: quindi dopo aver goduto, durante tutta la vita, dell'eredità o del legato, lo trasmetterebbe alla persona indicatagli.

Inoltre, ammettendo l'efficacia della confessione del fiduciario, si verrebbe a fare uno strappo al principio del Codice Civile, per cui l'eredità, una volta accettata, non si può più ripudiare: perchè ammettendo l'efficacia di quella dichiarazione, colui che ha accettato l'eredità, vistosi gravato di debiti, potrebbe dire: "sebbene io risulti erede o legatario del testamento, purnondimeno dichiaro che questa eredità o questo legato va a favore di Sempronio" e così potrebbe liberarsi dei pesi dell'eredità.

Ancora un altro inconveniente: qual'è la figura giuridica dell'erede nominato nel testamento? Fino a quando egli non fa la dichiarazione è un vero erede, dopo fatta la dichiarazione, cessa di essere erede? e allora, come si concilia questo fatto col principio "semel heres semper heres"? E se si ritiene che rimanga sempre erede, quale sarà l'indole dell'acquisto che in base alla confessione compie il terzo? quale la sua confessione giuridica?

Inoltre, come saranno regolati i rapporti coi terzi che hanno contrattato col fiduciario: i di=

ritti di costoro cadranno o saranno salvi?
Queste sono le difficoltà che derivano dall'ammettere che la dichiarazione dell'esistenza della fiducia sia efficace, e lo stesso Gianturco che propugnava quest'opinione, non si nascose questi inconvenienti: anzi disse che per questi inconvenienti era da augurarsi che il legislatore, in una prossima riforma legislativa, stabilisca che la dichiarazione del fiduciario non ha alcuna efficacia giuridica.

Ma noi invece diciamo che ciò che il Gianturco desiderava, il legislatore l'ha già fatto da un pezzo, in quanto che, disponendo la legge che non è ammessa prova alcuna per la fiducia, ha inteso escludere qualsiasi efficacia alla confessione del fiduciario, quindi quegli inconvenienti lamentati anche dal Gianturco non sorgono purchè si interpreti esattamente la legge: perciò nella dottrina più autorevole, nella più recente giurisprudenza, prevale l'opinione che la dichiarazione del fiduciario non ha alcuna efficacia giuridica; cosicchè, se il fiduciario veramente vuole adempiere il suo obbligo, non deve fare una semplice dichiarazione, ma deve realmente trasmettere i beni alla persona indicatagli dal testatore ad aures.

E si noti, questa trasmissione di beni che il fiduciario deve compiere costituendo l'adempimento di

un mero obbligo di coscienza deve rivestire la forma e la sostanza di un atto di liberalità. Se il fiduciario vuole adempire quest'obbligo di coscienza, non può bonariamente consegnare i beni alla persona indicata dal testatore[1], ma deve fare un vero e formale atto di donazione perchè ogni adempimento di un obbligo di coscienza importa un atto di liberalità, giacchè non si deve credere che atto di donazione sia quella fatta senza alcun motivo e per solo spirito di munificenza o prodigalità.

Ora, se ogni qualvolta si compie un obbligo di coscienza non si compie un atto oneroso, bensì un atto gratuito perchè si compie nullo iure cogente, la qualcosa costituisce uno dei caratteri distintivi degli atti gratuiti, è evidente che se nessuna legge impone l'obbligo al fiduciario di dare il legato o l'eredità alla persona indicata ad aures dal testatore, compie un atto di liberalità, fa una

---

[1] Non è mancato qualche scrittore recente che ha creduto potere applicare alle disposizioni fiduciarie l'articolo 1311 del Codice civile.

Ma quest'articolo è inapplicabile, perchè la fiducia oralmente espressa deve ritenersi come una disposizione testamentaria giuridicamente inesistente, mancando la scrittura e non trattasi di semplice vizio di forma. D'altra parte l'articolo 1311 richiede che l'esecuzione o ratifica provenga dall'erede del testatore, ma nella specie se il fiduciario si spo-

donazione.

Posto ciò, non solo quest'atto deve essere investito della forma solenne, ma deve essere sottoposto a tutte le regole della donazione; quindi, se il fiduciario, compiendo quest'atto, lede la legittima dei figli, costoro hanno diritto a domandare la riduzione; se quest'atto è fatto a favore di uno dei propri figli, perchè questi fu indicato dal testatore, l'atto sarà soggetto a collazione. Ancora i creditori del fiduciario che compie tale atto, potranno impugnarlo ove provino che il debitore lo fece sapendo di avere debiti, e quindi con la coscienza diminuire con esso le loro garenzie. Ecco quali sono le conseguenze pratiche delle disposizioni fiduciarie, le quali non hanno efficacia giuridica, anche se il fiduciario confessa.

Di qui appare che non è utile adottare il sistema della fiducia che pure si segue spesso per beneficare le congregazioni religiose: epperò coloro i quali tanto scalpore menano dicendo che così si viene a frodare la legge, non riflettono che le congregazioni religiose spesso provvedono male ai loro interessi; perchè, se molte volte il fiduciario adempie l'obbligo di coscienza, può pure avvenire che questo fiducia

---

glia di tal qualità in favore della persona confidatagli a voce, come può considerarsi erede per convalidare l'atto nullo? Non può nello stesso tempo assumere la qualità di erede e spogliarsene: semel heres semper heres!

rio sia una persona poco scrupolosa che non trasmet=
te i beni alla società religiosa, oppure anche se il fidu=
ciario da persona onesta, adempia l'obbligo suo, può
venire fuori l'erede legittimo ed impugnare la tra=
smissione dei beni che non sia stata fatta colle forme
solenni e rigorose della donazione e dei testamen=
ti.

Ci sono ancora altri inconvenienti: il fiduciario
deve pagare la tassa di successione che non è lieve,
e poi quando compie la trasmissione, dovendo
questa considerarsi non come adempimento di
un obbligo, ma nuova trasmissione a titolo gra=
tuito, bisogna pagare un'altra tassa di registro
per donazione o di successione. E così gran parte del
patrimonio viene così lasciato, viene assorbito dal
Fisco. Ma checchè ne sia di questi inconvenienti,
è innegabile che la confessione della fiducia di
per sè non ha efficacia giuridica.

Il che si discerne ancor meglio argomentando dal=
l'art. 2 del R. Decreto 27 novembre 1873, in cui, pub=
blicandosi il codice in Roma, si stabiliscono delle di=
sposizioni transitorie; ora in quell'articolo si stabi=
lisce un termine di 3 mesi per fare la dichiara=
zione di fiducia utilmente in conformità della
precedente legislazione. Scosso quel termine, la fi=
ducia non poteva avere più efficacia.

Ciò posto sarebbe strano che mentre in Roma le
dichiarazioni di fiducia non possono più avere ef=

fetto alcuno, potessero averlo poi in tutta Italia.
Il principio generale che non è ammessa la prova della fiducia, ha un'eccezione: ogni qualvolta la fiducia è rivolta a favorire una persona incapace, la prova è ammessa.
Di ciò ci siamo intrattenuti avanti, perchè tanto vale dire disposizione fiduciaria, quanto vale dire disposizione per interposta persona: le parole sono diverse, ma il concetto è identico. Ora abbiamo visto che quando c'è fiducia a favore di un incapace, allora, contrariamente al principio generale, è ammessa la prova della fiducia.
Quali siano gli incapaci che la legge non vuole favoriti nemmeno per interposta persona, lo abbiamo visto a suo tempo illustrando l'art. 773

---

## Le modalità delle disposizioni testamentarie.

### §108. La condizione. La condizione risolutiva nelle disposizioni a titolo universale.

Sinora abbiamo parlato dei requisiti occorrenti alla validità delle disposizioni testamentarie; ora dobbiamo parlare delle modalità che si possono apporre alle disposizioni testamentarie, sempre in generale, senza distinguere se si tratti di istituzione di

erede o di legato. Queste modalità sono: la condizione, il termine e il modo, la penale, la congiunzione produttiva del diritto di accrescimento e la sostituzione. Cominciamo dalla condizione. Io non esporrò la teoria generale della condizione, ma mi limiterò solo a ricordare quelle norme di legge che riguardano particolarmente le disposizioni testamentarie.

La condizione, cioè quell'avvenimento futuro ed incerto da cui si fa dipendere l'efficacia di un negozio giuridico o la sua risoluzione, si può apporre anche alle disposizioni testamentarie.

L'articolo 848 lo dice chiaramente: "La disposizione a titolo universale o particolare, può farsi anche sotto condizione". Ma la condizione è di due specie, è sospensiva e risolutiva. È sospensiva la condizione quando dall'avvenimento futuro ed incerto si fa dipendere l'efficacia dell'atto giuridico: si dice invece risolutiva quando dall'avvenimento futuro ed incerto si fa dipendere la risoluzione dell'efficacia del negozio giuridico.

Ora è necessario ricercare se la condizione risolutiva possa essere apposta anche alla istituzione di erede giacchè non si è mai dubitato che essa possa essere apposta alle disposizioni a titolo particolare, ossia ai legati. Il dubbio se la condizione risolutiva possa essere apposta alla disposizione a titolo universale o istituzione di erede, è sorto non per la lettera della legge che non fa distinzioni, ma piuttosto

per la tradizione storica. Per diritto romano è incontroverso che, mentre per legati o disposizioni a titolo particolare, era possibile la condizione risolutiva, questa non era possibile per le disposizioni a titolo universale: cosicchè alcuni, anche oggi, sotto l'impero del Codice italiano, credono debba accogliersi la stessa soluzione data dal diritto romano.

Questa è l'opinione di parecchi scrittori tra i quali è da notare il Gabba, ma non è seguita dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente, e bene a ragione, perchè è una teoria del tutto arbitraria, non fondata sulla lettera della legge ed inoltre non conforme ai principii generali.

Invero la lettera della legge non distingue tra disposizioni a titoli universali e disposizioni a titolo particolare, in quanto l'articolo 848 adoperò la parola "condizione" senza alcuna determinazione.

La parola condizione nel linguaggio legislativo, comprende tutte le specie di condizioni tanto sospensive che risolutive.

Però gli autori i quali negano la condizione risolutiva potersi validamente apporre alla istituzione di erede, credono che nonostante la generalità della lettera della legge, questa vada ristretta alla sola condizione sospensiva per le seguenti ragioni:

Essi dicono:

Se si ammette la possibilità della condizione risolutiva nella istituzione di erede, si viene a permet-

tere ai testatori di fare delle sostituzioni fidecommissarie mascherate sotto le apparenze di una istituzione di erede sotto condizione risolutiva.

Ora, se il fidecommesso è proibito dalla legge, si deve intendere proibita anche l'istituzione di erede sotto condizione risolutiva.

Ancora dicono: Il Codice, nell'articolo 851 dispone che si ha per non apposto il termine da cui o fino al cui una persona deve essere erede. Se io istituisco erede Tizio fino al giorno o dal giorno tale, il termine si ha come non apposto, perchè chi è erede una volta è sempre erede, la qualità di erede essendo una qualità perpetua. Ora non avviene lo stesso quando si istituisce un erede sotto condizione risolutiva?

Ogni negozio giuridico compiuto sotto condizione risolutiva, produce effetto fin tanto che la condizione non si verifica, quindi l'istituito erede ha tutti gli obblighi e tutti i diritti dell'erede fin tanto che la condizione non siasi verificata è semel heres; ma se è semper heres; nè più nè meno di quello che si avvera quando il testatore ha posto un termine all'istituzione di erede.

Come l'apposizione del termine non nuoce all'erede, così non deve nuocergli l'apposizione della condizione risolutiva.

Infine si adduce a sostegno della stessa opinione, l'autorità del diritto romano, per cui la condizione risolutiva non era ammessa nella istituzione

di erede. Noi però osserviamo in contrario non essere giusto sostenere che siccome la istituzione di erede sotto condizione risolutiva può mascherare la sostituzione fidecommissaria proibita dalla legge, così deve ritenersi anch'essa a priori proibita: senza dubbio può in qualche caso la condizione risolutiva apposta all'istituzione di erede mascherare la sostituzione fidecommissaria: ma quando questo si avvera il magistrato dirà: qui, sotto le sembianze di un'istituzione di erede sotto condizione risolutiva, c'è un fidecommesso, epperò ritengo come non apposta la condizione, non perchè è condizione risolutiva apposta a una istituzione di erede, ma perchè si tratta di fidecommesso.

Ma questo che può avverarsi nel singolo caso concreto, non importa che si avveri in via generale e necessariamente: perchè non sempre quando si ha istituzione di erede sotto condizione risolutiva concorrono tutti gli estremi della sostituzione fidecommissaria.

Infatti uno degli estremi del fidecommesso è questo che il primo chiamato debba godere per tutta la vita dell'eredità e dopo la sua morte debba goderne un'altro. Ora, se la condizione risolutiva è un fatto che può avverarsi e si avvera prima della morte dell'istituito erede sotto condizione, manca l'elemento del fidecommesso che si dice l'ordine successorio.

Inoltre per aversi fidecommesso è necessario che l'e=
rede primo chiamato sia uno che abbia un diritto
di godimento ampio come se fosse proprietario.
Invece se si tratta di vera e propria condizione ri=
solutiva, quando questa si avvera, seguirà per l'ef=
ficacia retroattiva della condizione che l'erede il
quale ha goduto sino a quel tempo, si reputerà di
aver goduto invalidamente e sarà obbligato a re=
stituire i frutti percetti.

Ecco dunque, come non si può equiparare l'istitu=
zione sotto condizione risolutiva alla sostituzione
fidecommissaria. La condizione risolutiva apposta
alla istituzione di erede non maschera sempre la
sostituzione fidecommissaria, e quindi non si può
dire che la condizione risolutiva sia nulla e debba
ritenersi per non apposta. Altrimenti per essere lo=
gici si dovrebbe ritenere vietata la condizione risolu=
tiva anche rispetto ai legati, perchè anche per questi
è proibita la sostituzione fidecommissaria.
L'altro argomento tratto dall'articolo 851 non ha
valore perchè altro è il termine, altro è la condizio=
ne. La legge dispone che se la istituzione di erede
sia fatta a termine, questo si ha come non apposto,
perchè giusta il principio che chi ha la qualità di
erede l'ha in perpetuo, il termine finale contradi=
ce al carattere perpetuo della qualità di erede: ma
non è così per la condizione risolutiva.
Al termine finale non si può equiparare la condi=

zione risolutiva, perchè il termine finale pone fine all'efficacia di un negozio giuridico che si è già spiegata in tutta la sua integrità, dimodochè dopo il termine, il negozio non produce più alcun effetto; ma gli effetti prodotti fino al giorno in cui il termine si è avverato, restano salvi; invece l'avverarsi della condizione risolutiva importa non già semplice ostacolo alla efficacia futura del negozio giuridico, ma distruzione ex tunc di tutta l'efficacia spiegatasi in passato. Talchè quando si ha un erede a termine, si ha erede che deve essere tale fino a un certo tempo; invece quando si ha erede sotto condizione risolutiva, se questa si avvera, l'erede si ha per non mai chiamato.

Data l'efficacia retroattiva della condizione risolutiva, non si può dire che alcuno sia stato una volta erede e poi abbia perduta questa qualità; ma si reputa che non sia stato mai erede.

Finalmente non giova invocare l'autorità del diritto romano.

Il diritto romano circondava di un rigore speciale l'istituzione di erede; ricordiamo che in quel diritto la istituzione di erede era necessaria nel testamento, e inoltre era incompatibile la successione testamentaria con la successione legittima; mentre questo rigore cessava solo per il testamento dei militari.

In questo come non v'era la necessità di isti=

tuzione di erede, né aveva luogo la impossibilità di testare *pro parte*, così era anche permessa la condizione risolutiva alla istituzione di erede.

Onde anche dal confronto delle regole che avevan vigore pel testamento ordinario con quelle che valevano pel testamento dei militari, risulta che la impossibilità della condizione risolutiva nell'istituzione di erede è da attribuirsi alla necessità della istituzione di erede per la validità del testamento e all'impossibilità della coesistenza della successione testata coll'intestata.

Poiché, ammessa la condizione risolutiva, sarebbe seguita la nullità del testamento quando non vi fosse stato altro chiamato in sottordine, donde la inefficacia di tutte le disposizioni testamentarie; e inoltre ammettendosi la condizione risolutiva, se uno era erede istituito sotto condizione mentre un altro era erede puro e semplice, sarebbe avvenuto che, verificandosi la condizione risolutiva per uno solo degli eredi, una parte della eredità sarebbe rimasta intestata e quindi si sarebbe avverato quell'inconveniente che la legge voleva evitare, cioè la coesistenza della successione legittima colla successione testamentaria.

Inoltre la massima romana *semel heres semper heres* si basava su un concetto del diritto antico, che cioè: la successione ereditaria non era una successione nei rapporti patrimoniali, ma piut=

tosto successione in un titolo o diritto di sovrani=
tà familiare; dimodochè questa qualità veniva
considerata come inerente alla persona che aven=
dola acquistata, non poteva più perderla che colla
sua morte e non già coll'avverarsi di altro fatto
qualsiasi.

Si aggiunga ancora un'altra considerazione:
nel diritto romano la condizione risolutiva era
retroattiva, ma di quale retroattività?

Di quella retroattività che i giuristi tedeschi
chiamano obbligatoria non reale, il che vuol di=
re che chi aveva un diritto sotto condizione riso=
lutiva, avverandosi la condizione che non perde=
va il diritto *ipso iure ipsoque facto*, ma soltan=
to incorreva nell'obbligo di restituire il diritto a
chi spettava. Cosicchè il diritto non si perdeva in
base alla legge stessa, ma in base al fatto che dove=
va compiere il titolare del diritto.

Invece nel diritto nostro la retroattività della con=
dizione è ben differente: cioè tutti i diritti acqui=
stati dal titolare sotto condizione risolutiva, si di=
struggono come pure gli acquisti compiuti dai
terzi vengono meno senz'alcun concorso della vo=
lontà di un obbligato qualsiasi. Dato dunque que=
sto complesso di considerazioni, poichè nel nostro co=
dice non esiste più quel rigore che esisteva nel dirit=
to romano circa la istituzione di erede nei testamen=
ti ordinarii, ma si è seguito piuttosto il sistema di

agevolazioni concesse al testamento dei militari da quello stesso diritto, bisogna ritenere che la condizione risolutiva anche nella istituzione di erede è ammissibile. Nè vale l'altra osservazione fatta dal Gabba, per cui se è vero che la condizione risoluta agisce retroattivamente, questa retroattività è sempre incompleta, perchè, essendo la retroattività una finzione di legge, riman sempre vero che "*factum infectum fieri nequit*" e quindi ci sono dei fatti che non si possono distruggere nonostante tale finzione, tanto è vero che la legge italiana, pur ammettendo il principio generale della retroattività assoluta della condizione risolutiva, in molti casi ha dovuto farvi eccezione. Ora, ciò posto, dice il Gabba, non potendo darvi una vera e propria retroattività, non è possibile la condizione risolutiva nell'istituzione di erede, perchè altrimenti si avrebbe una persona che almeno per qualche effetto è stato erede per un certo tempo.

Ma a questa considerazione del Gabba, si risponde che se ciò fosse esatto, non solo si dovrebbe negare l'apponibilità della condizione risolutiva alle disposizioni a titolo universale, ma anche alle disposizioni a titolo particolare e logicamente anche ai negozi tra i vivi; perchè la mancanza di retroattività completa, assoluta, si verifica anche rispetto alle disposizioni testamentarie a titolo particolare, cioè rispetto ai legati, come pure rispetto ai

negozi giuridici tra vivi.

Ma il Gabba oppone coerentemente ch'egli, riconoscendo che la retroattività piena non si verifichi rispetto ai legati, è indotto a ritenere che non sia possibile nemmeno per questi la condizione risolutiva: il che, a dir vero, ci sembra troppo, dacchè neanche il diritto romano giunge a tale eccesso; e del resto tutta la dottrina è contraria a tale conseguenza.

Ma, anche volendo arrivare a questa esagerazione, resta sempre vero che ci sono negozi giuridici tra vivi i quali ammettono la condizione risolutiva, pure essendo, secondo il pensiero del Gabba, impossibile la retroattività assoluta.

Ora, se ciò nonostante la legge permette la condizione risolutiva negli atti tra vivi, perchè dovrebbe pensarsi diversamente per gli atti causa mortis ove non si trovi una ragione speciale alla loro natura?

Ma, oltre questi argomenti di indole negativa, ci sono a favore della nostra opinione argomenti di indole positiva. Ci sono dei casi in cui il Codice ammette la possibilità della condizione risolutiva dell'istituzione di erede, oltre quelli riconosciuti universalmente nella pratica, in cui si impone all'erede un obbligo con la clausola di decadenza se non adempirà l'obbligo. Anzitutto c'è la condizione di vedovanza: è possibile che il coniuge morendo imponga la condizione di vedovanza all'altro coniuge nel testa-

mento.
"Lascio erede mia moglie purchè non passi a seconde nozze" (art. 850) Se il coniuge sopravvivente si rimarita, che cosa avverrà? Avverrà la risoluzione del diritto ereditario: perchè la condizione di vedovanza è posta nel testamento come una condizione risolutiva, quindi è evidente che la legge ha riconosciuta valida quella condizione risolutiva che consiste nel fatto della violazione dell'obbligo di vedovanza.
Ancora nell'articolo 128 si contempla il caso in cui la vedova prima dei 10 mesi della morte del marito, passa a seconde nozze; se ciò avviene, contro il divieto della legge, il matrimonio è valido, ma la vedova rimaritata perde tra gli altri diritti quelli derivanti dalla successione del marito, quindi anche l'eredità che questi gli abbia per testamento lasciata. Ora, tale decadenza non è, in sostanza, che una condizione risolutiva derivante dalla legge, anzichè dalla volontà del testatore.
Ancora nell'art. 855 si contempla il caso in cui uno abbia lasciata l'eredità sotto la condizione sospensiva di non dare o non fare; l'erede potrà godere la eredità prestando cauzione in favore di chi è chiamato a succedere in suo luogo in caso di inadempimento. Qui la condizione sospensiva si trasforma in risolutiva, in quanto che, mentre per regola generale chi è nominato erede sotto condizione sospensiva non può godere dei beni se non quando la con=

dizione si verifica, qui invece l'erede sotto condizione di non fare o non dare, gode dei beni prestando cauzione, e, ove venga trasgredita la condizione di non fare o non dare, si risolve il suo diritto.

Dunque abbiamo un altro caso in cui la condizione risolutiva è ammessa dalla legge. Nè vale il dire che solo la condizione risolutiva che consiste nel non dare o non fare, è ammessa dalla legge; se la difficoltà ad ammettere la efficacia della condizione risolutiva è la massima *semel heres semper heres*, questa difficoltà si deve trovare in tutti i casi; ma se la legge non la trova nel caso in cui la condizione consiste in un fatto potestativo, vuol dire che non la trova nemmeno negli altri casi.

Dunque, conchiudendo, la condizione sospensiva e la risolutiva possono ammettersi tanto per la istituzione di erede, quanto per il legato.

---

## § 109. Le condizioni impossibili o illecite

Le condizioni possono essere possibili ed impossibili, lecite ed illecite. Nemmeno qui mi fermerò sul concetto di condizione possibile o impossibile, lecita o illecita; dirò soltanto che le condizioni impossibili sono di due specie; impossibili naturalmente o fisicamente e impossibili giuridicamente

Si dicono impossibili naturalmente quelle che consistono in un fatto che non si può avverare per legge fisica; si dicono impossibili giuridicamente quelle

che consistono in un fatto che non può avverarsi per legge giuridica positiva.
Un esempio della prima specie è quello del diritto romano: "Istituisco erede Tizio se toccherà il cielo col dito„ Un esempio di condizione impossibile giuridicamente sarebbe questo: "Istituisco erede Tizio se sarà eletto e convalidato deputato prima dei trent'anni„ Al contrario le condizioni illecite o immorali non sono materialmente impossibili, ma se si avverano contraddicono ad una legge di ordine pubblico o al buon costume e quindi come tali si dicono illecite o immorali. Ora, principio generale è che ogni negozio giuridico sotto condizione impossibile o illecita è nullo, perchè una dichiarazione di volontà sotto condizione non è il risultato della somma di due volontà diverse e separate, cioè della volontà di compiere il negozio giuridico, più la volontà di sottometterlo ad una condizione, ma vi è una dichiarazione di volontà unica e inscindibile. Quando io dico: "Voglio donare, istituire erede, fare un legato a favore di Tizio se egli sposerà Caia„ io non esprimo due volontà distinte, che si vengono a collegare insieme, ma esprimo un'unica volontà; non c'è prima un volere assoluto e poi un altro volere che modifica il primo con le apposizioni della condizione, ma c'è un volere unico, condizionato fin dal principio.

Quindi, data la inscindibilità della dichiara=

zione di volontà sotto condizione, la conseguenza è che se la condizione è nulla perchè impossibile o illecita, tutta la dichiarazione sarà nulla.

Questo principio logico è stato applicato ai contratti. Ogni contratto compiuto sotto una condizione illecita o immorale è nullo (art. 1160). Invece per i testamenti vale un'altra regola; l'art. 849 dice: "Nel testamento si hanno per non apposte le condizioni impossibili, e quelle contrarie alle leggi e al buon costume".

Onde segue che se ad una istituzione di erede, se ad un legato si appone una condizione impossibile, illecita o contraria al buon costume, non è nulla la disposizione, come dovrebbe essere secondo il principio generale, ma è nulla soltanto la condizione.

Gli antichi esprimevano questa differenza tra la condizione illecita o impossibile apposta ai contratti e quella apposta ai testamenti con queste formule: nei contratti la condizione illecita o impossibile *vitiatur et vitiat*, invece nei testamenti la condizione impossibile o illecita *vitiatur sed non vitiat*.

Qual'è la ragione di questa differenza? I giuristi si sono sbizzarriti nel trovarla. Il vero è che le ragioni sono storiche soltanto e non giuridiche. Le due scuole di giureconsulti romani, quella dei Sabiniani e quella dei Proculiani furono in contrasto fra di loro, ma poi prevalse l'opinione dei Sabiniani; secondo la quale la condizione impossibile od illecita

nei testamenti, deve ritenersi non apposta.
Lo stesso Gaio però, seguace di questa scuola, disse che non si può assegnare una buona ragione di tale opinione (vix ratio reddi potest). Infatti è illogica questa differenza di trattamento fra i contratti e le disposizioni testamentarie, ed è deplorevole che alcuni moderni codici l'abbiano mantenutatale, mentre altri come il germanico e l'austriaco, l'hanno abolita; appunto perché la condizione illecita o impossibile, tanto apposta nei contratti quanto nelle disposizioni testamentarie rende nullo tutto il negozio giuridico.

Cosicché quella regola posta per i testamenti, non solo è eccezionale, ma può dirsi addirittura un'anomalia di diritto. Vi è differenza fra diritto singolare e anomalia di diritto. Il diritto singolare è un diritto che ha ragione di essere per speciali condizioni di utilità sociale e di opportunità, ma quando manca, come nel caso di cui ci occupiamo, la ragione deve essere consistente nella utilità sociale od opportunità, si ha una vera anomalia di diritto e perciò una simile regola deve interpretarsi nei limiti più ristretti possibili.

Molti autori però credono che questa regola sia inderogabile e che, sebbene irrazionale, bisogna pure applicarla sempre.
Però non è così secondo altri e giustamente questa regola si deve considerare come una presunzione del

la volontà del testatore ritenendo che il legislatore abbia pensato che il testatore, facendo una liberalità, sia pure sotto condizione impossibile o illecita, abbia voluto mirare principalmente allo scopo di fare una liberalità, abbia voluto cioè beneficare anche prescindendo dalla condizione.

In altre parole il legislatore presuppone che il testatore avrebbe fatto la disposizione anche se avesse saputo che la condizione era illecita o impossibile, di modo che, se avesse saputo questo, non l'avrebbe apposta. Ora se quella regola si basa sulla verosimile intenzione del testatore, quale la legge l'ha presunta, è evidente che non è di ordine pubblico, quindi il privato ben può derogarvi. Perciò benissimo il testatore potrà dire nel testamento: "Qualora questa condizione che io appongo sia ritenuta nulla perchè contraria alla legge, o all'ordine pubblico, o al buon costume, io voglio che venga meno l'intera disposizione". Se questo accade, senza dubbio deve ritenersi nulla tutta la disposizione.

Ora tale regola va applicata non solo quando il testatore ha espresso la sua volontà, ma anche quando si può argomentare con certezza che il testatore voleva che si avverasse necessariamente il fatto posto in condizione, di modo che, se avesse pensato che quel fatto non si sarebbe potuto avverare, non avrebbe fatto la liberalità; anche in questo caso l'intera disposizione è nulla.

Ancora un'altra indagine bisogna fare, ed è se il testatore, apponendo una condizione impossibile, intese fare una disposizione seria o no, o intese scherzare e se si trovava in istato normale di mente.

Invero, se il testatore facesse una disposizione come quella indicata ad esempio dai Romani: "se Tizio toccherà il cielo col dito" allora non si dovrà aver ritegno a dichiarare nulla tutta la disposizione, perchè è evidente che o il testatore era matto, o volle scherzare.

Supponiamo che uno faccia una disposizione in cui dica: "Lascio la mia eredità a chi farà la quadratura del circolo o a chi risolverà il problema del moto perpetuo" in questo caso si può argomentare che la fissazione del problema del moto perpetuo, della quadratura del circolo che ha tormentato il cervello del testatore in vita sua, abbia influito su quella disposizione, e perciò questa dovrà dirsi nulla nonostante la regola che la condizione "vitiatur sed non vitat". Per sapere poi se si abbia o no una condizione illecita, cioè contraria all'ordine pubblico o al buon costume, non si può dare un criterio generale ed assoluto, ma bisogna tener conto non tanto dell'azione considerata in sè stessa, obbiettivamente, quanto delle circostanze di fatto in cui la condizione deve verificarsi e dell'intenzione del testatore. Molte volte, un fatto per sè stesso lecito, anzi santo, deve essere ritenuto come illecito, ed altre

volte un fatto obbiettivamente illecito, può secondo le circostanze messe in relazione con l'intenzione del testatore, essere considerato come condizione lecita.

Il Vangelo raccomanda la castità: ma se alcuno fa una disposizione testamentaria a condizione che una persona si conservi casta, evidentemente la virtù della castità che è ammirevole se compiuta spontaneamente e in omaggio alla morale, non è più tale se praticata per speculazione pecuniaria. E viceversa un omicidio è per sè stesso un fatto illecito, ma non sempre la condizione di un omicidio è illecita come se risulta dalle circostanze di fatto che l'intenzione del testatore non era già quella di spingere Tizio a commettere l'omicidio, ma solo di provvedere ai bisogni della famiglia di lui rimasta sul lastrico nel caso che egli commettesse il delitto. Così avviene in questi altri casi: "Io lascio lire mille a Tizio perchè da protestante diventi cattolico o viceversa„ Il fatto di cambiare religione non è per sè stesso illecito, può essere un fatto lecito e anzi doveroso per chi, professando una religione, non sia convinto delle sue verità.

Ma se io lascio lire mille a Tizio il quale è convinto della sua fede per farlo apostatare, evidentemente la disposizione è illecita.

Invece se io lascio mille lire ad uno che è protestante, ma che, pur non essendo convinto della sua reli-

gione, la professa perchè è pagato e faccio questa liberalità affinchè passi al cattolicismo di cui è convinto, in questo caso, tenuto conto delle circostanze di fatto, la condizione è lecitissima.

Così anche nel caso che si apponga nella disposizione la condizione di esercitare un'arte, una professione, un'industria, il fatto di indurre una persona ad esercitare un'arte, una professione, una industria, non è per sè stesso illecito, ma può esser lecito o illecito a seconda delle circostanze che vi concorrono. Io so che una persona è inclinata al sacerdozio, e che invece per necessità economiche è obbligato ad apprendere un'arte manuale. Ebbene, io gli lascio la mia eredità se egli si farà prete: la condizione è valida. Invece io so di alcuno che è poco disposto al sacerdozio o, in genere all'esercizio di una data professione, per es. di avvocato, perchè, poniamo, preferisce fare il medico. Tuttavia gli lascio la mia eredità perchè studii diritto o si faccia prete; allora, siccome col mio lascito non faccio che coartare la sua libertà, la condizione è illecita.

Dunque per decidere se c'è liceità o illiceità, non bisogna guardare al fatto in sè solo, perchè ci sono fatti che portano l'impronta di fatti illeciti, ma che poi messi in relazione all'intenzione del testatore o di altre circostanze, appariscono leciti e viceversa.

Pertanto un criterio assoluto non si può dare, ma

bisogna sempre badare alla intenzione del testatore e alle circostanze di fatto che vi concorrono.

Le condizioni illecite si possono dividere in varie categorie. Vi sono condizioni illecite perchè violano i diritti della personalità umana. Vi sono condizioni illecite che violano i diritti di famiglia considerati di ordine pubblico, per esempio quello per cui il padre non debba esercitare la patria potestà sui figli, e il marito l'autorità maritale sulla moglie.

Vi sono condizioni illecite perchè sono contrarie ai diritti patrimoniali regolati da leggi d'ordine pubblico. Così il marito deve amministrare i beni dotali: se si pone come condizione che il marito non debba essere l'amministratore dei beni dotali, questa è illecita.

---

## §110. La condizione di celibato e di vedovanza.

Premesso ciò, limitiamoci ad esaminare quelle condizioni che il codice espressamente menziona come illecite nell'articolo 850, così concepito:

"È contraria alla legge la condizione che impedisce tanto le prime nozze quanto le ulteriori„ Così la nostra legge proibisce la condizione del celibato e la condizione di vedovanza. Il celibato e la vedovanza per sè stessi non sono fatti illeciti, anzi possono essere frutto di non comune virtù, ma pur non di meno messi in relazione col vantaggio pecuniario che si riceve per compierli, appariscono immorali perchè viene

così a mercanteggiarsi una delle supreme libertà individuali qual'è quella di sposarsi o no.

Ora, che cosa si dirà se il testatore abbia posto questa condizione: "Lascio erede Tizio purchè non sposi una popolana, oppure purchè non sposi una titolata" oppure "voglio che sia mio erede Tizio purchè sposi una persona determinata appartenente a quella data classe sociale, oppure purchè sposi Caia".
C'è in questi casi nullità della condizione o no? Alcuni esagerati fautori della libertà individuale hanno detto che essendo anche in questi casi, coartata la libertà, c'è condizione illecita, giacchè come è coartata la libertà quando si impone l'obbligo del celibato e della vedovanza così c'è coazione della libertà quando si limiti la facoltà di scelta delle persone da sposare.

Ma questo non è esatto, perchè altrimenti tutte le condizioni potestative, siccome in sostanza importano un precetto all'erede o al legatario, e quindi un limite alla libertà individuale, dovrebbero dirsi illecite per questa ragione. Il vero è invece che la legge proibisce la distruzione completa della libertà, non già una semplice limitazione di questa, quindi astrattamente non si può dire che sia nulla la disposizione che impone di non sposare una data persona o di sposarla, ma si deve esaminare se tale condizione, data la particolarità del caso concreto sia lecita o no. Poniamo che il testatore, sapendo che il figlio do=

po essersi invaghito di una popolana, l'abbia già sedot=ta e vuole sposarla, disponga così: "Istituisco erede mio figlio purchè non sposi una popolana."

In questo caso evidentemente c'è una condizione il=lecita perchè sebbene la condizione per sè stessa astratta=mente non sia tale, nel caso concreto diventa illecita, perchè intenzione del testatore è di impedire al figlio di adempire un obbligo di coscienza. Oppure poniamo che il testatore sa che Tizio è innammorato di una data persona che ha intenzione di sposare, mentre nu=tre un'antipatia cordiale per un'altra determinata persona di nome Caia, e disponga così: "Lascio erede Tizio se sposerà Caia" in questo altro caso, siccome intenzio=ne del testatore è di far seguire le nozze tra persone che non si amano, mentre l'affetto è la base del ma=trimonio, la condizione è illecita. Ecco dunque chiari=to come astrattamente la condizione di non sposare non sia una violazione della libertà, bensì un limite di essa, e per giudicare se sia lecita o illecita, bisogna tener conto del caso concreto senza che si voglia dire a priori che è sempre lecita o sempre illecita.

Com'è proibita dalla legge la condizione di perpetuo celibato, così è proibita la condizione di vedovanza: Io non posso fare un lascito a Tizio, purchè, moren=do sua moglie, resti vedovo; non posso fare un legato a Sempronia con la condizione che, morendo il mari=to, resti vedova

Tale condizione è illecita. Ma a questa regola gene=

rale si fa eccezione quando la condizione di vedovanza è posta non già da un testatore qualsiasi, ma da un coniuge all'altro.

La legge ha fatto omaggio a quel sentimento egoistico che anima molte persone le quali si turbano al pensiero che il coniuge dopo la morte possa passare a seconde nozze; sentimento egoistico che talvolta può essere anche giustificato dal desiderio di provvedere alla sorte ed ai bisogni dei figli di primo letto, i quali soffrirebbero moralmente ed economicamente se il genitore superstite passasse a seconde nozze.

Quindi la legge, avuto riguardo a questi sentimenti, ha permesso al coniuge di imporre la condizione di vedovanza all'altro coniuge: il marito può imporre la condizione di vedovanza alla moglie, e questa alla sua volta può imporla al marito. Ora se si impone la condizione di vedovanza, essa è violata se il coniuge sopravvivente passi a seconde nozze, celebrando il solo matrimonio religioso? È comune opinione che la condizione di vedovanza viene violata anche se il coniuge sopravvivente passi a nozze religiose.

Il che non costituisce, come alcuno erroneamente ha pensato, una violazione del principio di ordine pubblico per cui solo il matrimonio civile produce effetti giuridici; perchè così non si viene ad attribuire al matrimonio religioso alcun effetto civile, ma soltanto si attribuisce efficacia alla volontà del testatore: il che è ben differente.

Il matrimonio religioso non produce effetti civili, sta bene; ma ciò significa che non è un fatto giuridico, ma non già che non sia nemmeno un fatto materiale; quindi se non può produrre gli effetti propri del matrimonio, può produrre tutti gli effetti di un fatto materiale qualsiasi, e quindi di un fatto posto in condizione.

Ora tutto sta nel vedere se quando il testatore disse: "Lascio erede mia moglie purchè non passi a seconde nozze" intese riferirsi solo al matrimonio civile o tanto al matrimonio civile quanto al religioso. Se il testatore espressamente manifestò la sua intenzione di non volere solo le nozze civili, allora non v'ha dubbio che la celebrazione del matrimonio religioso non viola quella condizione, e quindi non importa la caducità della disposizione. Ma si può dire lo stesso quando il testatore non ha manifestato il suo pensiero? No, anzi si deve presumere il contrario, specie se il testatore era un credente oppure un uomo bonario che non faceva distinzione tra matrimonio civile e matrimonio religioso, e quindi intendeva seguire il linguaggio comune in cui la parola matrimonio denota tanto il civile che il religioso. Dunque tutto si riduce ad interpretazione di volontà del testatore.

Per questa stessa ragione non può dirsi a priori che il concubinato violi o no la condizione di vedovanza. Stando all'uso comune del linguaggio, è vedovo chi vive in concubinato, quindi questo in generale

non è un fatto che fa venir meno la condizione di vedovanza; ma se il testatore abbia voluto non già il semplice stato legale di vedovanza, ma altresì quello morale, come se abbia detto «se si manterrà casto, onesto» e simili, allora anche il concubinato importerà violazione della condizione di vedovanza. Ma se il coniuge può imporre all'altro coniuge la condizione di non passare a seconde nozze, ma non gli può imporre la condizione di non compiere il rito civile, o di non celebrare il rito religioso. Perchè la prima cosa sarebbe contraria ad una legge di ordine pubblico che riconosce effetti giuridici al solo matrimonio civile; la seconda sarebbe contraria alla libertà di coscienza, perchè la coscienza del cattolico si ribella ad ammettere come matrimonio il vincolo civile scompagnato dal legame del sacramento.

Un altro caso di eccezione al principio che è illecita la condizione di celibato o vedovanza, è quello indicato dal capoverso dell'art. 850 in cui si dice: "Il legatario però di un usufrutto o d'uso, di una abitazione o pensione, o d'altra prestazione periodica pel caso o pel tempo del celibato o della vedovanza, non può goderne che durante il celibato o la vedovanza".

Di qui appare che, sebbene per regola generale sia nulla la condizione di vedovanza o di celibato, pure se questa condizione è apposta ad un legato di usufrutto, di uso, di abitazione di una pensione o di altra prestazione periodica, non segue che sia nulla

la condizione, e quindi sia dovuto il legato di usufrutto, di uso, di abitazione nonostante la mancata vedovanza o il mancato celibato: ma invece il legato sarà goduto solo per il tempo in cui dura il celibato o la vedovanza. Cosicchè, mentre per la regola generale ove alcuno leghi un usufrutto in uso, un'abitazione o altra periodica prestazione a Tizio con la condizione "se sarà vedovo, se sarà celibe" questi ne dovrebbe godere per tutta la sua vita, anche dopo ammogliato, o essere passato a seconde nozze; invece secondo questo capoverso ne potrà godere solo fintanto è celibe o fin tanto è vedovo. Qual'è la ragione di questa eccezione?

Alcuni hanno detto che la ragione di questa eccezione consiste in ciò che in questo caso non si tratta di condizione, ma si tratta di apposizione di termine. Non si dice già: "Lascio l'usufrutto, l'uso, l'abitazione a Tizio se rimarrà celibe, se rimarrà vedovo", ma si dice "lascio l'usufrutto o altra periodica prestazione dal giorno e fino al giorno in cui Tizio sarà celibe o sarà vedovo".

Quindi lo stato di celibato o vedovanza è considerato non come condizione, ma come termine.

Ora la legge annulla la condizione del celibato o della vedovanza, ma non annulla il termine che consiste nel fatto del celibato o della vedovanza, quindi nel caso dell'art. 850 non v'è eccezione, ma una regola diversa dai quella enunciata precedentemente

nell'articolo 849.

Però questa spiegazione del capoverso dell'art. 850, non è esatta. Basta guardare alla connessione che c'è fra questo capoverso e la prima parte dello stesso articolo, per comprendere come la legge ha voluto fare eccezione alla regola "conditio vitiatur sed non vitiat".

Inoltre dalle stesse parole usate nel capoverso risulta che sono considerati due casi distinti. Infatti, come apparisce dalle parole "pel caso o pel tempo del celibato o della vedovanza" si suppone che il testatore faccia un legato di usufrutto, di uso, di abitazione, non solo per il tempo della vedovanza o celibato, nella quale ipotesi si tratta evidentemente di termine, ma anche pel caso di vedovanza o celibato.

Con ciò si contempla senza dubbio l'ipotesi che il fatto del celibato o della vedovanza sia considerato come condizione; (se sarà celibe, se sarà vedovo).

Ciò posto, come si giustifica tale eccezione?

Secondo me si giustifica molto agevolmente in questo modo: altro è il caso in cui il testatore voglia che si compia il fatto del celibato, della vedovanza, altro è il caso in cui il testatore non desideri il compimento di questo fatto, ma preveda l'ipotesi che esso si avveri indipendentemente dalla sua volontà. Altro è imporre come fatto voluto dal testatore, il celibato o la vedovanza; altro è prevedere semplicemente la possibilità dello stesso fatto del celibato e della vedovanza.

Nel primo caso c'è illeciterra, nel secondo no.

Perchè la legge ha ritenuto contraria alle leggi, al buon costume, la condizione di vedovanza o di celibato? Perchè questi fatti che per se stessi sono indifferenti e possono essere anche manifestazione di non comune virtù morale, se compiuti spontaneamente o liberamente, diventano immorali quando sono effetto non già della volontà spontanea e di libera scelta, ma di coazione psicologica esercitata da una volontà estranea con l'incentivo dell'interesse pecuniario; sicchè solo il motivo pel quale vengono compiuti, imprime a questi fatti il carattere di immoralità o di contrarietà alla legge.

Cosicchè per aversi immoralità della condizione di vedovanza o di celibato, è necessario che il testatore voglia che questi fatti si compiano, e per farli compiere, dà l'incentivo del lucro.

Ma quando il testatore non vuole questi fatti per sè stessi e la liberalità non è diretta, come mezzo, allo scopo di farli compiere, ma è disposta solo nella considerazione della eventualità che vengano compiuti, o liberamente dal beneficato, o per circostanze indipendenti dalla sua volontà (giacchè molte volte si resta vedovi o celibi senza o anche contro la propria volontà) evidentemente manca la ragione per dichiarare illecita la condizione.

Ora questo appunto ebbe in mente il legislatore, quando stabilì che il legato di usufrutto, di uso, o

di altra annualità fatti pel caso del celibato o la vedovanza; perchè in questo caso evidentemente il testatore non ebbe intenzione di imporre il celibato o la vedovanza, ma considerò questi fatti come possibili ad accadere, e per provvedere ai bisogni della persona che si trovasse in queste condizioni, spesso poco liete, assegnò un usufrutto, un uso, un'abitazione o un'altra prestazione periodica. Ecco la ragione della legge che così si fonda sull'intenzione presunta dal testatore.

Ma a tal proposito si domanda: il capoverso dell'art. 850 è eccezionale, oppure si può applicare ad altri casi? Il codice fa l'ipotesi del legato, non di proprietà, ma di usufrutto, di uso, di abitazione o di altra prestazione periodica; cioè di un diritto temporaneo, vitalizio; ma quid se alcuno istituisce erede o fa un legato di proprietà ad alcuna altra persona nella previsione che egli rimarrà vedovo, che egli resterà celibe?

La disposizione avrà effetto anche se la condizione non si adempie, o diventerà caduca? Gli autori i quali sono infatuati del concetto che il celibato o la vedovanza sono fatti immorali per sè stessi, credono che il capoverso dell'art. 853 sia di indole eccezionale e che perciò non possa applicarsi ad altri casi; cosicchè se c'è un legato di proprietà, una istituzione di erede, ancorchè fatti in previsione dell'eventualità del celibato o della vedovanza, un

simile legato o istituzione di erede sarebbero subordinati ad una condizione illecita, e quindi dovrebbero avere efficacia anche se l'ipotesi del celibato e di vedovanza non si avverasse.

Noi però siamo di opinione contraria. Abbiamo detto che la condizione di vedovanza o di celibato è una condizione illecita in quanto, mettendo tali fatti in relazione con l'intenzione del testatore, apparisca che questi ne volle l'adempimento e mise a dura prova la libertà dell'onorato in quanto è costretto a scegliere tra la perdita del lascito e lo stato di celibe o di vedovo: il che molte volte può significare o ammogliarsi e morire di fame ovvero assicurarsi il campamento e rinunziare al matrimonio.

Ma se ciò non fu nell'intenzione del testatore, se questi non volle il celibato e la vedovanza, ma solo li previde come fatti possibili ad accadere e provvide a tale eventualità, allora l'immoralità sparisce.

Supponiamo che un padre di famiglia abbia una figlia malaticcia, di guisa da non potersi facilmente maritare, e perciò disponga come segue: "Nel caso disgraziato che mia figlia non si mariti io le lascio la disponibile; se invece ha la fortuna di maritarsi, le lascio soltanto la somma x per la dote". Supponiamo che la figlia ammalata trovi chi la sposi. Avrà essa diritto ad avere la disponibile, lasciatale sotto la condizione

se non si maritasse?
Secondo me no, perchè il testatore quando disse: "lascio la disponibile a mia figlia se per caso non trovi marito" non volle il fatto del celibato, ma previde quell'ipotesi come una mera possibilità, date le condizioni fisiche della figlia, e intese più lautamente provvedere ai bisogni di lei lasciandole la disponibile, cosa che non credette vi fosse bisogno di fare pel caso che andasse a marito. Ma, si dice, il capoverso dell'articolo 850 è eccezionale. Sì, ma in che senso?
In questo senso che quando cioè si ha un lascito di usufrutto, di uso, di abitazione «se Tizio non sposerà, se Tizio rimarrà vedovo» non c'è bisogno di fare alcuna ricerca di volontà: basta il semplice fatto che il lascito sia di usufrutto, di uso, ecc, per presumere che il testatore non abbia voluto il fatto del celibato o della vedovanza, ma l'abbia previsto come una semplice eventualità.
La legge, guardando all'indole del diritto di usufrutto, di uso, di abitazione che sono diritti di natura precaria, ha pensato che il testatore, facendo quella disposizione, ha inteso provvedere ad uno stato di cose transitorio, il che certamente non si potrebbe argomentare dall'istituzione di erede, o da un legato di proprietà sotto la stessa condizione: la perpetuità del diritto fa presumere la perpetuità del fatto posto in condizione.
In ciò consiste l'eccezionalità della disposizione

di legge, cioè nel presumere quando si tratta di legato d'usufrutto, di uso, ecc. fatto sotto condizione di celibato o di vedovanza, che il testatore non volle quel fatto, ma intese provvedervi come a un'ipotesi possibile, sebbene da lui non voluta: invece quando si tratta di legato di proprietà di istituzione di erede, fatta sotto la condizione di celibato o di vedovanza, bisogna indagare l'intenzione del testatore caso per caso, perchè il lascito per sè è tale, che si può interpretare in due modi: si può interpretare come se la condizione di celibato o di vedovanza fosse voluta dal testatore, e si può interpretare nell'altro senso, cioè che quel fatto non sia voluto, ma previsto soltanto. Cosicchè la eccezionalità dell'articolo si riduce a questo: che nel capoverso c'è una presunzione basata sulla natura del diritto che si lascia, onde una tale presunzione non può valere in altri casi: in questi invece bisogna fare l'indagine della volontà del testatore, e se da tale indagine risulta che la mente del testatore fu di provvedere soltanto all'ipotesi possibile del celibato o della vedovanza, ma non già di volerla, non si potrà applicare la regola che la condizione nulla "vitiatus sed non vitiat".

Quindi se si tratta di istituzione di erede, questa dovrà risolversi, verificandosi l'ipotesi contraria a quella prevista dal testatore: se si tratta di legato potrà anche, ove risulti che questa sia volontà del

testatore, ritenersi che il legato sia stato fatto a termine.

---

§ 111. Condizioni contrarie all'essenza delle disposizioni testamentarie.

Fin'ora abbiamo parlato delle condizioni impossibili od illecite quae vitiantur et non vitiant; ma con esse non bisogna confondere le condizioni le quali contraddicono all'essenza stessa delle disposizioni testamentarie.

Vi possono essere condizioni le quali, in sè considerate, sono fatti possibili o leciti, però, messe in relazione con la essenza giuridica della disposizione testamentaria, siccome la contraddicono, non sono ammissibili. Perciò quando c'è una condizione che è contraddittoria all'essenza della stessa dichiarazione di volontà non è applicabile la regola conditio vitiatur et non vitiat, ma tutta la disposizione è nulla. Bisogna quindi mettere in rilievo questo concetto che non risulta chiaramente dal Codice, ma risulta dai principii generali e dalla tradizione storica. Quando io faccio questa disposizione: "Lascio cento lire a Tizio, se rimarrà vedovo, se farà un reato, ecc" abbiamo che la condizione è dichiarata illecita, avuto riguardo al suo obbietto, quindi la legge ha creduto basandosi sulla presunta volontà del testatore scindere in due la dichiarazione di volontà ritenendo che la condizione è nulla, ma

è valida la disposizione.

Ma se faccio una disposizione testamentaria in cui la condizione è un fatto che contraddice l'essenza della disposizione testamentaria in sè considerata, allora per la contradizione che nol consente, sarà nulla non la sola condizione, ma tutta la disposizione.

Già abbiamo visto un esempio in cui la condizione è contraria all'essenza della disposizione testamentaria e ciò quando l'erede o il legatario deve essere nominato da un terzo. Quando si fa una disposizione testamentaria così concepita: "Istituisco erede Tizio se Sempronio vorrà" "lego, dono il fondo tale a Sempronio se a Mevio piacerà" in queste disposizioni testamentarie c'è una condizione che non può dirsi in sè illecita, perchè il fatto della volontà di Sempronio o di Mevio, non è un fatto illecito, ma la condizione è proibita perchè contraddice all'essenza della disposizione testamentaria, la quale per legge deve essere un atto personale del testatore

Ora la personalità, carattere intrinseco della disposizione testamentaria, viene distrutta dal fatto che questa è rilasciata all'arbitrio di un terzo. In tal caso non si può applicare il principio conditio vitiatur sed non vitiat, ma si deve reputare nulla tutta la disposizione.

Un'altra condizione proibita dalla legge, e la cui apposizione rende nulla l'intera disposizione, si ha

in un caso che dagli autori che non si elevano ai principi generali, viene ritenuto come eccezionale, mentre non è, vale a dire nel caso considerato dall'art. 852: "È nulla la disposizione a titolo universale o particolare fatta dal testatore sotto la condizione che egli sia vicendevolmente avvantaggiato dal suo erede o legatario".

È il caso della condizione captatoria, di cui parlano le fonti romane e di cui trattano i giuristi del diritto comune. Che cosa è la condizione captatoria? – È quella condizione per cui una persona in tanto istituisce erede o nomina legatario un'altra persona, in quanto questa lo nominerà legatario o lo istituirà erede a sua volta.

Ora la legge dice che la condizione captatoria vizia tutta la disposizione. Gli autori credono che questa è un'eccezione alla regola riguardante le disposizioni testamentarie: conditio vitiatur sed non vitiat. Ma secondo me, non è un'eccezione, bensì un'applicazione di quell'altra regola, secondo la quale, quando si ha una condizione che contradice alla essenza della disposizione testamentaria, tutta la disposizione è nulla.

Infatti abbiamo visto a proposito del testamento reciproco che le disposizioni testamentarie debbono essere effetto della volontà spontanea del testatore, non già di un accordo espresso o tacito con altra persona, perchè regola generale è che i patti successori

sono nulli; ora, quando c'è la condizione captatoria, essa può essere il risultato di un accordo precedente tra il testatore ed il beneficato, con quella condizione; quindi la condizione captatoria apparisce contradittoria all'essenza della disposizione testamentaria, la quale è concepita nel nostro codice civile come un atto spontaneo che non presuppone alcun accordo con altra persona, come un atto eminentemente personale.

Nei casi ora considerati, la contraddizione è giuridica; ma vi sono anche dei casi in cui si può avere semplicemente contraddizione logica; è il caso della così detta condizione perplessa.

"Io istituisco erede universale Tizio se mi sarà erede universale Sempronio„ Se sarà erede Sempronio è una condizione impossibile logicamente, perchè se sarà erede Sempronio, non potrà essere erede Tizio. Dunque in questo caso, trattandosi di contradizione, non solo giuridica, ma anche logica, c'è nullità dell'intera disposizione, sebbene il Codice non ne parli.–

Ecco dunque come la regola conditio vitiatur sed non vitiat debba trascurarsi, trattandosi di condizione che contraddice la sostanza logica o giuridica delle disposizioni testamentarie.

Ed ora fermiamoci all'esame dell'articolo 852. Il Codice dice che è nulla la disposizione ove il testatore nomini erede o legatario una persona sotto

la condizione che questa lo nomini erede o legatario alla sua volta. Ma quale ipotesi contempla il legislatore?

Contempla solo l'ipotesi di istituzione di erede o nomina del legatario da farsi nel futuro. Quindi se io dico: "Istituisco erede, lascio un legato a Tizio perchè so che egli mi ha legato questa cosa" non c'è in questo caso condizione captatoria perchè manca la condizione, cioè un'avvenimento futuro ed incerto dal quale si fa dipendere l'efficacia della disposizione; perchè qui invece abbiamo un avvenimento passato, in considerazione del quale io faccio la mia disposizione, cioe io istituisco erede Tizio perchè egli ha nominato me erede".

Perciò manca non solo la condizione, ma manca anche lo scopo della captazione, perchè tale scopo esiste quando alcuno istituisce erede o nomina un legatario, per spingerlo a fare un simile atto di liberalità in proprio favore, costringendo perciò la volontà dell'altro testatore, laddove questa deve essere libera. Invece, quando io ho voluto beneficare Tizio, avuto riguardo del beneficio avuto da lui, io non pongo una condizione, nè ho lo scopo di captare, ma compio soltanto un semplice atto di gratitudine.

Un'altra questione: La legge dice che è nulla la disposizione ove il testatore apponga la condizione che egli sia vicendevolmente avvantaggiato nel testamento del suo erede o legatario. Ma che avverrà se il testa-

tore dica: "Nomino erede Tizio se egli farà un legato a favore di un mio parente, di un mio amico"?

Quale principio si deve applicare: il principio che si tratta di condizione illecita quae vitiatur sed non vitiat, in quanto che si tratta di togliere la liberalità di testare, oppure si applica il principio "conditio vitiatur et vitiat" cioè che è nulla l'intera disposizione?

C'è in altri termini la condizione captatoria o no; e quindi è applicabile o no l'art. 852 che parla della sola ipotesi in cui s'intende ricevere un reciproco vantaggio? Alcuni dicono che in questa seconda ipotesi non c'è la condizione captatoria. Quindi se io chiamo erede Tizio se egli istituirà erede mio fratello, un mio amico, la condizione sarà nulla, ma la disposizione sarà valida. Invece altri pensano il contrario, e, secondo me, più giustamente.

Anzitutto in favore di questa opinione c'è la tradizione storica: i giureconsulti romani dicevano: che c'è captazione tanto se il testatore mira ad avvantaggiare se stesso, quanto se mira ad avvantaggiare un terzo.

Inoltre, prescindendo dalla tradizione storica, noi sappiamo che sono proibiti dalla legge nostra non solo i testamenti reciproci, ma anche i testamenti congiuntivi, pel solo fatto che tanto gli uni che gli altri presuppongono un accordo precedente, un patto successorio, cioè una cosa che è contraria all'es=

senza del testamento che deve essere un atto, direi, unipersonale. Ora questa mancanza di unipersonalità come si avvera quando la condizione è posta nell'interesse proprio, così si avvera quando è posta nell'interesse altrui, perchè in entrambi i casi si può presumere un accordo tra i due testatori, accordo che il legislatore considerò come contrario all'essenza della stessa disposizione testamentaria. Perciò noi crediamo che anche nel caso che la condizione sia posta a vantaggio di un terzo, debba ritenersi nulla l'intera disposizione, e che la legge abbia preveduta in quell'articolo, l'ipotesi della condizione a favore proprio, solo perchè è la più caratteristica e la più comune.

---

§ 112. Effetti della condizione pendente.

Parliamo ora degli effetti della disposizione testamentaria sotto condizione.

Questi effetti debbono studiarsi in due tempi diversi: in quello durante il quale pende la condizione, e in quello in cui la condizione si verifica. Pendente la condizione, quali effetti nascono?

Se la condizione è risolutiva, l'erede o legatario sotto condizione risolutiva ha la pienezza del diritto; è come se fosse istituito senza condizione.

Pendente invece la condizione sospensiva, l'istituito erede o legatario, non hanno diritto all'eredità o alla cosa legata, e inoltre, se muoiono prima che

la condizione si avveri, non trasmettono alcun diritto ai loro eredi (art. 853)

Quando si tratta di un negozio giuridico tra vivi, la persona che ha un diritto sotto condizione sospensiva, anche prima che essi si verifichi, se non ha un diritto reale sui beni, ha un'aspettativa di diritto che la legge ha tutelato. Onde la conseguenza che se chi ha acquistato il diritto sotto condizione sospensiva, muore prima che la condizione si sia verificata, il diritto si trasmette agli eredi.

Invece, quando si tratta di disposizioni testamentarie sotto condizioni sospensive, avviene l'effetto opposto; se la condizione non si è verificata durante la vita dell'istituito erede o legatario, ma si verifica dopo la sua morte, la disposizione non produce effetto a vantaggio degli eredi dell'istituito.

Infatti l'art. 853 dice: "Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione sospensiva, è priva di effetto, se la persona a cui favore è fatta, muore prima che siasi verificata la condizione„

Invece, per gli atti tra vivi, l'art. 1170 dispone: "La condizione adempita ha effetto retroattivo il giorno in cui fu contratta l'obbligazione.

Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede„ Dunque vi sono due regole diametralmente opposte. Quale è la ragione di questa differenza?

Secondo me una ragione vera non esiste, e tutte

quelle che si adducono per spiegarla, sono infondate.

Una ragione che comunemente si adduce è questa: nelle disposizioni testamentarie c'è: l'intuitus personae: il testatore, quando istituisce erede o nomina un legatario ha riguardo a questa persona esclusivamente senza preoccuparsi dei suoi eredi; egli in tanto fa la disposizione, in quanto nutre affetto per quella data persona.

Invece nei negozi giuridici tra vivi, l'atto si compie non per l'intuitus personae, ma per interesse economico; quindi poco importa che il diritto sia acquistato da Tizio o dai suoi eredi. Questa ragione sarebbe giusta qualora la stessa regola che la legge pone per le disposizioni testamentarie, vigesse anche per la donazione, giacchè anche la donazione è un atto a titolo gratuito che si compie per l'intuitus personae. Ma che cosa avviene se si fa una donazione sotto condizione sospensiva e il donatario muore prima che si verifichi la condizione? Trasmette egli il diritto ai suoi eredi o no? Lo trasmette in base all'art. 1170, giacchè quest'articolo riguarda tutte le obbligazioni sotto condizione sospensiva e quindi anche la donazione.

Ora, se la disposizione in esame non si applica alla donazione, non si capisce perchè solo le disposizioni testamentarie debbano perdere ogni effetto, dal momento che l'intuitus personae come c'è nelle disposizioni testamentarie, c'è anche nelle donazio=

ni. Il vero è che solo con una ragione storica può spiegarsi la cosa: nel diritto romano, l'eredità non accettata non si trasmetteva agli eredi del chiamato "hereditas nondum adita non trasmittitur".

Ora, se ciò avveniva quando l'eredità, pur essendo pura e semplice, non era stata accettata, a tanto maggior ragione doveva avvenire quando era impossibile l'accettazione a causa della pendenza della condizione sospensiva: quindi, data l'intrasmissibilità della eredità non accettata, nè accettabile perchè sotto condizione sospensiva, ne derivava che se l'erede istituito sotto condizione sospensiva, moriva prima del verificarsi della condizione, la disposizione diveniva caduca.

Questo principio si estese dal diritto romano anche ai legati perchè i legati erano modellati sulle istituzioni di erede. Ma il diritto nostro, dacchè ha accolto la regola contraria della trasmissibilità della eredità non ancora accettata, doveva logicamente ammettere anche la trasmissibilità della eredità non accettata per l'esistenza di una condizione sospensiva pendente.

Ma a questa coordinazione logica non si pensò affatto, e così rimase la disposizione dell'art. 853 che ha le sue ragioni storiche, ma non si fonda su nessuna ragione giuridica.

All'esposta regola della intrasmissibilità del diritto condizionato, fa apparente eccezione l'art. 854

che dice: "La condizione la quale, secondo la mente del testatore non fa che sospendere l'esecuzione della disposizione, non impedisce che l'erede o il legatario abbia un diritto acquistato e trasmissibile ai propri eredi, anche prima della verificata condizione".

Dicevo che questa è una eccezione apparente, poichè, come risulta dalla lettera della legge stessa, non si tratta di vera e propria condizione, ma di un termine apposto ad una disposizione testamentaria sotto forma di condizione.

Allora, siccome l'intenzione del testatore non è di apporre una vera e propria condizione, la quale sospenda l'efficacia della stessa disposizione testamentaria, ma di porre una condizione impropria la quale deve sospendere soltanto l'esecuzione della disposizione testamentaria, epperò equivale ad un termine, va applicata la regola generale che, quando c'è un diritto a termine, il diritto è acquistato anche prima che il termine si avveri e soltanto il suo esercizio è impedito: onde il diritto si può trasmettere agli eredi di chi fu nominato, sotto questa falsa condizione.

Tutto quindi si riduce ad interpretare la volontà del testatore: il testatore ha voluto porre una condizione vera e propria, cioè ha voluto far dipendere la efficacia della disposizione dall'avverarsi di un fatto futuro ed incerto?

E allora il diritto non si trasmette agli eredi del=

l'onorato.

Ha voluto invece porre un'apparente condizione, cioè ha voluto che dall'avvenimento di un fatto futuro e incerto, dipendesse solo l'esecuzione della disposizione testamentaria e non già l'efficacia di essa?

E allora il diritto passa agli eredi dell'onorato.

Durante la pendenza della condizione sospensiva l'erede o il legatario non ha nessun diritto sui beni lasciati, quindi non ha nè il diritto di disposizione, nè il diritto di amministrazione.

Però se non ha il diritto nè di disporre nè di amministrare i beni lasciatigli, ha il diritto di averli conservati pel caso che si avveri la condizione. La legge garentisce quest'aspettativa di diritto, cioè la possibilità che la condizioni si avveri, e ciò in diversi modi, secondo che si tratti di erede o di legatario sotto condizione. Se uno è nominato legatario sotto condizione sospensiva, egli non può immettersi nel possesso dei beni legati, ma ha diritto a che l'erede obbligato a prestargli il legato, dia una cauzione, garentisca cioè l'effettiva prestazione del legato, nel caso che la condizione si avveri (art. 856).

Cioè l'erede può essere obbligato di presentare un fideiussore, o di concedere un'ipoteca, un pegno, una cautela insomma, sia personale che reale, la quale garantisca l'adempimento del legato.

Quando poi si tratta di istituzione di erede sotto condizione, i provvedimenti conservativi che la

legge concede in favore dell'istituito sotto condizione, sono questi: L'erede sotto condizione non ha alcun diritto ad ingerirsi nell'amministrazione del patrimonio, ma d'altra parte il patrimonio lasciato sotto condizione, non rimane in balia di altra persona che possa disporre liberamente, ma è posto dalla legge sotto speciale amministrazione: cosicchè la legge viene ad equiparare il caso della istituzione sotto condizione a quello dell'eredità giacente.

Come nel caso della eredità giacente in cui l'erede è incerto, o non è noto, la legge provvede alla possibile eventualità che l'erede oggi ignoto diventi noto, ponendo l'eredità sotto amministrazione, sottoponendola alle stesse regole che governano l'amministrazione dell'eredità giacente.

Chi è la persona che deve amministrare l'eredità durante la pendenza della condizione?

Le persone sono diverse: però il criterio generale, a cui si informa la legge è questo: che la persona incaricata dell'amministrazione dell'eredità lasciata sotto condizione è quella maggiormente interessata alla sua osservazione, cioè la persona la quale dovrà conseguirla, nel caso che la condizione venga meno. Quindi bisogna distinguere vari casi: se alcuno è istituito erede sotto condizione insieme ad un altro col diritto di accrescimento in favore di quest'altro, chi deve amministrare l'eredità

pendente la condizione, sarà l'erede, in favore del quale c'è il diritto di accrescimento, perchè egli è il principale interessato alla conservazione del patrimonio lasciato sotto condizione, giacchè non verificandosi questa, egli avrà la quota dell'erede mancante.

Se alcuno è istituito erede sotto condizione, ma senza diritto di accrescimento con altri, allora, siccome non verificandosi la condizione, il diritto passerà agli eredi legittimi, allora gli eredi ab intestato, cioè quelli che eventualmente dovranno succedere, mancando la condizione, saranno coloro che amministreranno l'eredità.

Questo però sempre che l'autorità giudiziaria per giusti motivi, non creda conveniente di provvedere altrimenti. Così ancora supponiamo, sebbene la legge non lo dica, che alcuno sia istituito erede sotto condizione, non verificandosi la quale, deve essere sostituito da un'altra persona: amministrerà l'eredità colui che è designato espressamente dal testatore a succedere all'istituito, nel caso che manchi la condizione. Valgono poi le stesse regole nel caso che alcuno sia istituito erede non essendo ancora nè nato nè concepito al tempo della morte del testatore, giacchè questi non è che un erede sotto condizione, come abbiamo visto a suo tempo.

Soltanto nel caso che il nascituro si trovi ad essere concepito al tempo della morte del testatore, è chiamato ad amministrare l'eredità il genitore

che esercita la patria potestà (art. 857-861).

Come abbiamo visto, pendente la condizione, l'erede sotto condizione non ha diritto di impadronirsi dei beni ereditari: non ha alcun diritto che quello di vederli conservati.

Però si dà un caso in cui, se si applicasse questo principio generale, l'erede o il legatario nominato sotto condizione, non godrebbe mai dei beni lasciati e questo è il caso in cui uno sia istituito erede o legatario sotto la condizione di non fare e non dare, condizione potestativa negativa il cui adempimento non è possibile se non alla morte dello stesso legatario o dello stesso erede. L'esempio dei giureconsulti romani è questo: "Istituisco erede Tizio si Capitolium non ascenderet".

Ora, questo fatto di non salire in Campidoglio, questa condizione sospensiva, potestativa, negativa, quando è che si può dire che si è avverata? Quando muore l'istituito erede, perchè solo quando l'erede è morto, si può sapere se mai in vita sua è andato o no in Campidoglio, e quindi se si è verificata o no la condizione. Ora da ciò derivava l'inconveniente che, applicando la regola generale, per cui pendente la condizione, l'erede o il legatario non può godere dei beni lasciatigli, in questo caso l'erede o il legatario non aveva nessun beneficio dalla eredità o dal legato, perchè, verificandosi la condizione solo al tempo della sua morte ne avrebbero pro=

filtato unicamente gli eredi e non l'onorato stesso.
A provvedere a tale inconveniente, pensò il giureconsulto Muzio Scevola il quale ricorse ad un espediente che dal nome di lui si chiamò cautio Muciana.
Il giureconsulto romano pensò che la condizione sospensiva potestativa negativa, che non si può dire verificata se non alla morte dell'onorato, si può considerare come una condizione risolutiva.
Cioè, quando il testatore dice: "Istituisco erede Tizio sotto la condizione "si Capitolium non ascenderit„ egli in sostanza ha inteso beneficare l'onorato durante il tempo della sua vita colla condizione risolutiva consistente nel fatto dell'ascensione in Campidoglio. Così il giureconsulto romano, mutando la condizione di sospensiva in risolutiva, ammise che l'erede o il legatario nominato sotto questa condizione potesse, pendente la condizione, impadronirsi dei beni, dell'eredità o del legato, purchè desse cauzione di restituire pel caso che la condizione risolutiva si avverasse, e quindi venisse meno il diritto all'eredità o al legato.
Così si provvide all'interesse dell'erede o del legatario, in quanto che egli non doveva aspettare il tempo della morte per acquistare i beni, e si provvide anche agli altri interessati nel caso che egli contravvenisse alla condizione posta dal testatore, in quanto che la cauzione garentiva l'adempimento della condizione, e se la condizione non era rispettata, garen-

tiva la restituzione dei beni. Questo istituto del di=
ritto romano è stato riprodotto dal nostro Codice nel=
l'art. 855: Se il testatore ha lasciata l'eredità o il
legato sotto obbligo all'erede o legatario di non fare o
non dare, l'erede o il legatario è tenuto a dare cau=
zione o altra sufficiente cautela per la esecuzione di
tale volontà a favore di quelli ai quali l'eredità do=
vrebbe devolversi in caso di non adempimento.
Le persone a favore delle quali la cauzione vien da=
ta, sono diverse secondo le diverse ipotesi: se c'è istitu=
zione con diritto di accrescimento, la cauzione viene
data all'erede o agli eredi che hanno diritto all'ac=
crescimento, se c'è istituzione con sostituzione, la cau=
zione va data a colui che è chiamato in sottordine,
se non c'è nè sostituzione nè istituzione congiunti=
va, la cauzione va data agli eredi legittimi trat=
tandosi di eredità, all'erede testamentario trattan=
dosi di legato.

---

## § 113 - *Effetti della condizione verificata.*

Così abbiamo parlato degli effetti della condizione
sospensiva pendente; parliamo ora degli effetti della
condizione quando si verifica. Poche parole bastano
per rilevare quali sono gli effetti della condizione sospen=
siva verificatasi.
La condizione sospensiva ha effetto retroattivo; quindi
l'erede o il legatario chiamato sotto condizione sospen=
siva si ha come se fosse stato erede o legatario puro e

semplice fin dal primo momento dell'apertura della successione; tutti i frutti percepiti pendente la condizione (*medio tempore*) appartengono all'erede o al legatario. Invece che avverrà quando si avvera la condizione risolutiva? Quale sarà la sorte degli effetti giuridici prodotti *medio tempore*?

Ammesso il principio della retroattività assoluta della condizione risolutiva, retroattività reale e non soltanto obbligatoria, ne viene la conseguenza che tutti gli effetti compiutisi *medio tempore*, si hanno per non compiuti, tutti i diritti acquistati, si hanno per non acquistati.

L'erede o il legatario, durante la pendenza della condizione risolutiva, ha percepito i frutti della cosa legatagli o ereditata. Che cosa dovrà egli fare di questi frutti? Alcuni hanno detto che l'erede o il legatario sotto condizione risolutiva, quando si verifica la condizione, deve considerarsi come un possessore di buona fede, e siccome il possessore di buona fede fa suoi i frutti (art. 703 codice civile) così deve ritenersi che li faccia suoi l'erede o il legatario sotto condizione risolutiva.

Apparentemente, e avuto riguardo al concetto volgare di possesso di buona fede, certo l'erede o il legatario sotto condizione risolutiva, non si può dire un possessore di mala fede: egli, fin tanto che la condizione è stata pendente, ha creduto di esercitare un suo diritto, ed infatti ha esercitato un suo diritto, per=

chè la legge lo riconosce proprietario dei beni lasciati sotto condizione risolutiva; pure non è così giuridicamente.

Il concetto di possessore di buona fede è un concetto tecnico, non un concetto morale o sociale; esso presuppone due elementi: che uno non abbia un titolo vizioso, un titolo cioè capace astrattamente di trasferire il diritto, ma che in realtà, per un vizio inerente, non lo ha trasferito; e che inoltre ignori il vizio del titolo, cioè ignori per es. di aver acquistato il diritto da chi non era proprietario, ma che si spacciava per tale. Si verificano questi estremi nel caso di erede o legatario sotto condizione risolutiva? Manca tanto il primo estremo, quanto il secondo.

Manca il primo, perchè non si può dire che chi ha acquistato sotto condizione risolutiva, abbia un titolo vizioso, perchè ha invece un titolo validissimo: un contratto o una disposizione testamentaria sotto condizione risolutiva è un negozio giuridico valido che produce tutti i suoi effetti, fin tanto che la condizione non si avveri; quindi manca l'esistenza del titolo vizioso, del titolo cioè capace astrattamente di trasferire il diritto, ma che in realtà non lo trasferisce. Manca inoltre il secondo elemento, cioè l'ignoranza dei vizi del titolo, perchè posto pure per un momento che la disposizione testamentaria sotto condizione risolutiva possa equipararsi a un titolo vizioso, mentre tale non è, non si può dire che chi possiede

in base a un titolo sotto condizione risolutiva, ignori la esistenza di questo preteso vizio; perchè chi ha acquistato sotto condizione risolutiva, sa che esiste la condizione e che verificandosi questa, egli dovrà perdere tutto. Dunque, mancando quei due elementi, non si può parlare di possesso di buona fede; e riesce evidente che o si tratti di erede o si tratti di legatario sotto condizione risolutiva, bisogna restituire tutti i frutti percetti, data la retroattività piena ed assoluta della condizione. Gli autori però fanno questa questione non solo per i testamenti, ma anche per i contratti; e in generale essi sono per l'opinione contraria alla nostra, credono cioè che i frutti non si debbono restituire; ma, ciò dicendo, hanno presente un altro caso, del resto più comune, che cioè la condizione risolutiva sia apposta ai negozii a titolo oneroso.

Ora, in questo caso, anch'io sono di accordo nel ritenere che se la condizione risolutiva si verifica, non bisogna restituire i frutti percetti, ma solo perchè in questo caso c'è compensazione tra i frutti che il possessore sotto condizione risolutiva dovrebbe restituire, e gli interessi del prezzo da lui sborsato che avrebbe diritto a pretendere.

Dunque quell'opinione è giusta quando si tratta di condizione apposta ai negozii giuridici a titolo oneroso; ma quando si tratta di negozii a titolo gratuito, la compensazione non è possibile; onde, non essendoci alcuna ragione che giustifichi la riten=

zione dei frutti, questi debbono restituirsi. Che cosa si dirà per gli effetti verificatisi rispetto ai terzi?

Pendente la condizione risolutiva, l'erede o il legatario ha un diritto pieno, quindi non solo può godere dei beni come meglio gli pare e piace, ma può anche disporne. Poniamo che l'erede o il legatario sotto condizione risolutiva, abbia venduto, donato, abbia imposta una servitù, un'ipoteca, su beni: quale sarà la condizione dei terzi che li hanno acquistato dall'erede o dal legatario nominato sotto condizione risolutiva?

La risposta è molto semplice: i diritti dei terzi sono risoluti giusta il principio generale "resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis" i terzi hanno acquistato con la stessa modalità con cui ha acquistato il loro autore; se il loro autore ha un diritto sottoposto a condizione risolutiva, il diritto ad essi trasmesso non può essere maggiore di quello del loro autore; quindi sarà un diritto anch'esso sottoposto a condizione risolutiva; sicchè ove la condizione si avveri, questo diritto si risolve. Nè si può invocare in materia di disposizioni testamentarie, il principio eccezionale dell'art. 933, cioè che gli atti onerosi fatti dall'erede apparente con i terzi di buona fede, restano salvi; perchè qui mancano gli estremi per la sua applicazione. Infatti che cosa è l'erede apparente? È uno che si spaccia per erede mentre non è tale, uno che non ha un vero titolo per essere erede, ep

pure figura come tale; in questo caso la legge, contrariamente al principio generale, garentisce il diritto dei terzi di buona fede che acquistano a titolo oneroso da un erede apparente, giacchè in questo caso i terzi sono nell'impossibilità di indagare se il titolo che esibisce l'erede a legittimare la sua qualità, sia un titolo valido oppure no.

Ma quando i terzi contrattano con un erede il quale non esibisce già un titolo vizioso, ma un titolo reale, validissimo, sebbene sotto condizione risolutiva, essi hanno il dovere di indagare se nel testamento che esibisce l'erede in suo favore, vi sia istituzione di erede pura e semplice, o istituzione sotto condizione risolutiva e quindi possono sapere a quali eventualità vengono esposti acquistando.

Manca così e la qualità di erede apparente in chi aliena, e la buona fede in chi acquista: quando si tratta di acquisti compiuti contrattando con l'erede sotto condizione risolutiva.

---

## § 114. Il termine.

Un'altra modalità che può apporsi a qualsiasi negozio giuridico, è il termine: il termine non è che un avvenimento futuro, ma certo, da cui si fa dipendere l'esercizio di un diritto, e quindi l'esecuzione dell'obbligazione correlativa, oppure la cessazione dell'efficacia del negozio giuridico, ossia la fine dell'esercizio di un diritto e la estinzione dell'obbligo cor=

rispondente.

Ora bisogna distinguere secondo la nostra legge tra disposizioni testamentarie a titolo universale e dispo= sizioni testamentarie a titolo particolare: mentre per le disposizioni a titolo particolare o legati è ammessa la possibilità del termine tanto iniziale che finale: (dies a quo e dies ad quem) non è ammessa que= sta possibilità per le disposizioni a titolo universale o istituzioni di erede. Perciò io posso dire: "Lascio il mio fondo Tusculano a Tizio che ne godrà due an= ni dopo la mia morte (termine iniziale, dies a quo)" oppure: "Lego il mio fondo Tusculano a Tizio il quale ne sarà proprietario fino a che rag= giunga l'età di 50 anni (termine finale dies ad quem)"

Invece non posso fare una istituzione di erede col termine finale o iniziale, come ad esempio: "I= stituisco erede Tizio, a cominciare da due anni do= po la mia morte „ oppure" Istituisco erede Tizio fino a che egli raggiunga la maggiore età„ Infatti lo articolo 851 dispone: " Si ha per non apposto ad u= na disposizione a titolo universale, il giorno dal qua= le debba la medesima cominciare a cessare„ Se cioè si appone il termine ad una disposizione a titolo universale, non è nulla l'intera disposizione, ma è nullo il termine, cioè l'apposizione del termine si ha come non scritta e l'istituito si considera come erede puro e semplice senza limitazione di tem=

po. Qual'è la ragione di questa disposizione? Gli autori adducono ragioni così frivole, che è meglio confessare che la ragione vera non esiste.

Alcuni dicono che se non ci fosse questa disposizione, mancherebbe la continuità della rappresentanza ereditaria. Ma questo non è vero, perchè se la legge ammette la possibilità dell'istituzione di erede sotto condizione sospensiva, a tanto maggior ragione dovrebbe ammettere la possibilità di una istituzione di erede a termine iniziale, perchè mentre la condizione sospensiva sospende l'efficacia stessa del negozio giuridico e quindi l'esistenza del diritto, invece il termine iniziale non sospende l'esistenza del diritto, ma ne sospende soltanto l'esercizio. Ora, se la condizione sospensiva non è stata proibita come quella che impedisce la continuità della pretesa rappresentanza del defunto, a maggior ragione non doveva essere proibito il termine iniziale che non produce questo effetto.

Si dice da altri: l'apposizione del termine iniziale importerebbe violazione del principio sancito dal nostro Codice, per cui il possesso dei beni passa di diritto dal defunto al diritto; perchè questo passaggio, dicono essi, non sarebbe possibile quando ci fosse il termine iniziale, perchè il termine importa discontinuità.

Ma nemmeno questo è vero, perchè se il passaggio dei beni ipso iure dal defunto all'erede, avviene

anche quando c'è la condizione sospensiva, lo stesso avverrebbe quando ci fosse un termine iniziale.

Inoltre, perchè il termine finale fu proibito? Si dice da alcuni perchè la proprietà è per sè stessa un diritto perpetuo. Ma noi osserviamo che la perpetuità è un carattere della proprietà, non un carattere essenziale; perchè se fosse un carattere essenziale, non solo dovrebbero essere proibite le istituzioni di erede a termine finale, ma anche i legati a termine finale.

Solo nel Diritto Romano classico non era ammessa una traslazione di proprietà a termine finale; ma Giustiniano ammise fin dai suoi tempi che si potessero fare donazioni e legati a termine finale e tale principio è stato riprodotto dal nostro Codice rispetto ai legati. Cosicchè se si può avere una proprietà a termine, se è possibile un legato a termine finale, perchè non potrebbe essere possibile un'istituzione di erede a termine? Si dice ancora: Se fosse ammesso il termine finale, si verrebbe ad ammettere il fidecommesso, mentre questo è vietato; donde il divieto del termine finale apparisce essere in armonia col divieto del fidecommesso. Ma nemmeno questo è esatto. Perchè il termine finale importi fidecommesso è necessario che esso coincida colla morte del primo chiamato all'eredità, poichè uno dei caratteri del fidecommesso è il così detto ordine successorio; che cioè il secondo chiamato venga all'eredità do=

po la morte del primo chiamato. Tanto vero che mentre come vedremo, i fidecommessi sono proibiti tanto per le istituzioni di erede quanto per i legati, invece, secondo la nostra legge, non è possibile il termine finale per l'eredità, ma è possibile per i legati.

Dunque non è vero che il divieto del termine finale è in connessione col divieto del fidecommesso; perchè, se così fosse la legge avrebbe dovuto proibire il termine finale anche per i legati, perchè anche per questi è proibito il fidecommesso. La ragione è puramente storica. Anche questa disposizione è un vestigio dell'antico diritto romano conservato per forza di inerzia. Nel diritto romano era principio rigorosamente osservato "semel heres semper heres" il diritto romano circondò di rigore formalistico l'istituzione di erede, e come non ammetteva testamento che non contenesse istituzione di erede, così non ammetteva nè l'apposizione di una condizione risolutiva, nè l'apposizione di un termine nell'istituzione di erede. Invece per i testamenti militari, in cui imperava l'equità, anzi che lo strictum ius, lo stesso diritto romano, come ammise la validità del testamento anche senza istituzione di erede, così ammise anche la possibilità del termine finale.

Alcuni codici civili moderni, come il germanico, respingendo i principii rigorosi del diritto romano, stabilirono espressamente che è permessa l'apposizione del termine finale nella istituzione di erede:

il Codice svizzero tace sul proposito, ma ciò significa che ha abolito l'antico principio romanistico conservato nel nostro Codice.
Ciò posto che cosa avverrà se uno faccia nello stesso testamento più istituzioni di eredi, alcune con termine iniziale, altre con termine finale? Per esempio: "Istituisco erede Tizio finchè abbia raggiunto l'età di 50 anni; quando egli abbia raggiunto tale età, sia erede Sempronio„ Come si vede si tratta di due istituzioni di erede, la prima col termine finale, la seconda col termine iniziale; tutti e due questi istituiti saranno eredi, oppure sarà erede il primo soltanto?
Se l'apposizione del termine equivalesse alla sostituzione fidecommissaria, bisognerebbe applicare la regola che per questa pone la legge, cioè sarebbe valida la prima disposizione e nulla la seconda.
Invece non è così: altro è il fidecommesso, altro è la istituzione a termine, ma il termine è quello della morte del primo chiamato, così che quando il termine non coincide con la morte del primo chiamato, non c'è fidecommesso. Quindi non si può applicare la regola concernente le sostituzioni fidecommissarie, invece qui sono valide tutte e due le disposizioni giacchè non bisogna fare altro che applicare l'articolo 851. Dal momento che la legge dice che bisogna ritenere non apposto il termine sia iniziale che finale, praticamente segue che, dando di frego al

termine iniziale apposto a una disposizione e al termine finale apposto all'altra, restano due disposizioni pure e semplici, e i due chiamati si divideranno l'eredità in parti uguali.

---

§ 115 - Il *modus*.

Un'altra modalità possibile nelle disposizioni testamentarie è il così detto *modus*, che è quella disposizione accessoria con cui si impone all'onorato di fare qualche cosa, di dare o prestare, o in altri termini, di compiere un fatto qualsiasi. Questo fatto può essere nell'interesse dello stesso onorato, nell'interesse del testatore e nell'interesse di un terzo.

"Io lascio mio erede Tizio con l'obbligo di investire il contante in cartelle di debito pubblico" qui c'è un *modus* cioè un obbligo imposto all'erede nel suo stesso interesse. "Istituisco erede Tizio con l'obbligo di far celebrare tante messe all'anno in suffragio dell'anima mia: qui il *modus*, cioè l'obbligo è in favore del testatore. "Istituisco erede Tizio con l'obbligo di dare £ 1000 a favore del tale ospedale, o di dare un vitalizio ai miei domestici" qui c'è un *modus* a vantaggio di un terzo. Ora, quando c'è modus, che cosa segue?

Il modus non è una condizione, sebbene il testatore possa avere usato le stesse parole che si usano per la condizione. Esso ne differisce in ciò: che mentre la condizione non importa obbligo giuridico, il mo-

dus importa obbligo giuridico.

Quando io dico: "Istituisco erede Tizio se prenderà la laurea in legge" intendo dire che se prenderà la laurea, avrà il beneficio, se non la conseguirà, perderà il beneficio, ma non impongo alcun obbligo. Invece quando dico: "Istituisco erede Tizio con l'obbligo di prendere la laurea" allora io impongo un obbligo, perchè è da ricordare che le obbligazioni non nascono solo dai delitti o quasi delitti, dai contratti o quasi contratti, ma nascono anche dai testamenti, da qualsiasi negozio giuridico.

Vi è ancora un'altra differenza: la condizione sospende la efficacia della stessa disposizione, cioè finchè non si verifica la condizione, la disposizione non ha efficacia: il contrario avviene per il modus, cioè, ancorchè il fatto posto come modus non si è verificato, la disposizione ha efficacia. Anzi il modus presuppone la efficacia della disposizione mentre quando c'è la condizione, l'efficacia della disposizione dipende dall'avverarsi di questa. Anche prima di adempire il modus, si è eredi o legatari, mentre prima che si verifichi la condizione non si è eredi o legatari. Come si fa per vedere se c'è una condizione o un modus?

Più che alle parole adoperate bisogna badare alla intenzione del testatore; bisogna vedere se il testatore volle imporre un obbligo oppure volle che l'efficacia della sua disposizione dipendesse dal compi=

mento di un fatto.

Importante è poi tener conto della differenza che corre tra il legato e il *modus* in favore del terzo imposto all'erede o a un legatario. Il legato è una liberalità che il testatore fa direttamente al legatario, invece il *modus* è una liberalità fatta indirettamente a favore di un terzo; il legato è una *delibatio hereditatis* cioè è una detrazione di una parte dell'eredità fatta a favore del legatario, invece il *modus*, essendo un obbligo di fare o di dare qualche cosa non importa sempre una *delibatio* dell'eredità, ma può importare un peso sul patrimonio dell'erede o del legatario; quindi la conseguenza è che, mentre quando l'erede ha accettato col beneficio di inventario, non è obbligato a pagare i legati *ultra vires*, questa regola non si applica quando c'è il *modus* a favore di un terzo, perchè il *modus* a favore di un terzo non è un peso ereditario, ma un peso personale imposto all'erede.

Perciò, ancorchè i beni ereditarii non bastino per adempire gli obblighi imposti a titolo di *modus*, l'erede sarà obbligato personalmente a soddisfarli. Ancora un'altra differenza: mentre per fare un legato valido è necessario che il legatario esista al tempo della morte del testatore, invece per imporre un *modus* valido in favore del terzo, non è necessario che questi sia esistente al tempo della morte del testatore.

Perciò io posso beneficare una persona non esistente

al tempo della mia morte, ricorrendo alla forma del modus; forma a cui si ricorreva nel diritto romano e nel diritto comune fino a poco tempo fa, per giovare agli enti non ancora fondati.
E di vero il legatario è successore a titolo particolare del defunto, invece il terzo, a cui favore si è disposto con un modus, giuridicamente è successore di colui al quale il modus è imposto. Che cosa avverrà quando il modus consiste in un fatto illecito o impossibile?
"Istituisco erede Tizio con l'obbligo di commettere questo reato, di compiere quest'atto illecito„ Sarà nulla l'intera disposizione, o sarà soltanto nullo il modus? L'opinione dominante è che il modus sia nullo, ma che la liberalità del testatore sia valida. La ragione però che apportano gli autori è inaccettabile: tanto che ha fatto dubitare persino della fondatezza della stessa opinione. Gli autori dicono: "Si applica al modus la stessa regola che si applica alla condizione illecita o impossibile, cioè vitiatur sed non vitiat; lo stesso deve ritenersi anche pel modus illecito o impossibile. Ma questa ragione non persuade; perchè la norma di legge per cui è valida la disposizione e nulla la condizione illecita o impossibile, è di indole eccezionale, e quindi non si può estendere per analogia ad altri casi.
La ragione vera invece è che il modus non costituisce un tutto unico con la disposizione testamentaria,

dal momento che il testatore non fa dipendere l'efficacia della sua volontà dal verificarsi del modus; ma invece è una disposizione accessoria aggiuntiva. Da ciò segue che la nullità della disposizione accessoria non può influire sulla validità della disposizione principale, perchè se è vero che "accessorium sequitur principale" è vero anche che "principale non sequitur accessorium".

La nullità delle clausole accessorie di qualsiasi atto giuridico non importa nullità della disposizione principale, il quale principio venne dalla legge applicato a proposito della clausola penale nell'art. 1210 in cui si dice che la nullità della clausola penale non importa nullità dell'obbligazione principale.

---

§ 116 - Clausole di decadenza - disposizioni poenae nomine

Abbiamo detto che il modus costituisce un obbligo all'erede o legatario a dare o a fare o non fare una data cosa, a compiere cioè una prestazione qualsiasi; obbligo che importa una limitazione alla liberalità, qualunque sia il suo contenuto. Ma qual'è la sanzione per l'adempimento dell'obbligo nascente dal modus? Il testatore dice: "Istituisco erede Tizio perchè faccia dire tante messe all'anno o perchè investa il numerario in titoli sul gran libro del debito pubblico" C'è una sanzione generale per tutti i casi, oppure bisogna distinguere caso per caso?

Quando il modus è apposto alla donazione, la legge stessa concede il mezzo efficace a conseguirne l'adempimento, perchè se il modus non viene adempito, si ha diritto alla risoluzione: in altre parole la regola generale per cui tutti i contratti onerosi si risolvono, quando non è adempiuta la controprestazione da parte di uno dei contraenti, è stata estesa dalla legge alla donazione sub modo. Cioè la donazione può essere risoluta se il modus non si avvera, e così tutto torna al lo stato primitivo, il donatario perde la qualità di donatario e d'altra parte viene liberato dall'ulteriore adempimento del peso (art. 1080).

Ma simile principio vale rispetto alle disposizioni testamentarie? No, la condizione risolutiva tacita presuppone un rapporto contrattuale che manca nelle disposizioni testamentarie; quindi la regola dell'articolo 1165 ripetuta nell'art. 1080 rispetto alle donazioni, non può estendersi alle disposizioni testamentarie.

Quale dunque sarà la sanzione dell'adempimento del modus, quale il mezzo per garentirsi che il modus venga adempito?. Vi sono varii mezzi: tutti però dipendenti dalla volontà del testatore, ma non derivanti dalla legge, senza questa volontà.

Se il testatore ha imposto il modus a favore di un terzo e quindi all'obbligo imposto all'erede o legatario corrisponde un diritto del terzo, evidentemente il terzo, potendo agire in giudizio per ottenere l'adempimento dell'obbligo imposto a suo favore, eserciterà la coazione

più efficace per l'adempimento del modus.
Ma se non c'è il terzo a favore del quale è stato posto il modus, come per es. nel caso che il testatore dica: "Lascio erede Tizio perchè faccia celebrare tante messe all'anno" senza indicare il prete che deve celebrarle, oppure nel caso che dica "Lascio la mia eredità a Tizio perchè mi faccia innalzare una statua" in questo ed altri casi somiglianti, siccome non c'è una persona che abbia interesse giuridico all'adempimento del modus, bisogna ritenere che l'erede o il legatario, gravati dal peso, non possano essere costretti ad adempierlo in via coattiva, onde il loro obbligo ha una efficacia puramente morale e non giuridica.
Perchè sia giuridica, bisogna ricorrere ad un espediente; bisogna apporre la clausola di decadenza; cioè il testatore deve dire: nel caso che il mio erede o legatario non adempia l'obbligo impostogli, voglio che decada dall'eredità o dal legato; o voglio che l'eredità o il legato sia devoluto agli eredi legittimi o ad altra persona. Oppure, se non si vuole apporre la clausola di decadenza, si deve nominare un esecutore testamentario, cioè una persona che ha il diritto e l'obbligo di costringere eredi e legatari all'esatto adempimento della volontà del defunto.
Ma ove questi mezzi non siano stati adoperati, il modus rimane senza efficacia giuridica. Fin dai tempi più antichi del diritto romano, si pensò che per provvedere all'adempimento del modus e, in generale, degli

obblighi imposti dal testatore, era utile raggiungere una clausola penale.

La clausola penale è una modalità che si può incontrare non solo nei contratti, ma anche nelle disposizioni testamentarie. Quando io ho imposto al mio erede o al mio legatario l'obbligo di farmi il monumento, di fare alcune opere di carità, di fare celebrare un certo numero di messe, prevedendo il caso che egli non adempia quest'obbligo, che cosa posso fare?

Posso, non solo, porre come abbiamo visto, la clausola di decadenza, per cui l'eredità od il legato sarà devoluto ad altri: ma posso altresì apporre una vera clausola penale, cioè dire: "Se il mio erede non innalzerà il monumento, non impiegherà il denaro che gli lascio in rendita sul gran libro, se non prenderà la laurea, ecc. pagherà £1000 a Sempronio". Questa è una vera disposizione a titolo di pena che ha la stessa funzione della clausola penale che si suole apporre nei contratti; quindi le disposizioni a titolo di pena sono delle modalità che si possono trovare nei testamenti.

Ma, sebbene fin dai più antichi tempi del diritto romano si fosse pensato, come abbiamo detto, a questo mezzo di coazione per ottenere l'adempimento degli obblighi e pesi, imposti dal testatore, purnondimeno i giuristi classici ritennero che i legati a titolo di pena fossero nulli.

Alcuni dicono che i giureconsulti si fondarono sul concetto che il legato deve essere il prodotto dello spirito

di liberalità, la manifestazione di un sentimento di benevolenza verso una persona; cosa che manca nei legati a titolo di pena ed è perciò che li dichiararono nulli. Infatti quando il testatore dice: "Lascio erede Tizio perchè mi faccia il monumento e nel caso che non lo faccia pagherà £ 1000 a Caio" è evidente che non è stato mosso nel fare il legato a Caio da un sentimento di benevolenza, ma dal motivo di infliggere un castigo a Tizio se non adempirà l'obbligo.

Secondo altri invece diversa fu la ragione che spinse i giuristi romani a riputare nulli i legati fatti a titolo penale.

Ma checchessia di ciò, certo è che Giustiniano ritenne validi questi legati, come era valida la clausola penale. E questo si deve senza dubbio, ritenere anche nel diritto moderno, sebbene il nostro legislatore non parli di legati *poenae nomine*; essendo valida nei contratti la clausola penale, sarà valida questa stessa clausola che assume la stessa forma di legato *poenae nomine* anche nel testamento. Quindi se io dico: "Lascio erede Tizio purchè adempia quest'obbligo, e nel caso che non l'adempia, pagherà £ 1000 a Sempronio" sebbene io non sia stato mosso nel fare il legato a Sempronio da un sentimento di benevolenza, ma dallo scopo di costringere l'erede a compiere il modus, il legato sarà valido; giacchè la legge non si preoccupa punto dei motivi interni per giudicare della validità o nullità dei negozi giuridici in genere e dei legati in ispe=

ci. Ma qual'è l'indole della disposizione *poenae nomine*? Evidentemente l'indole di quella di una disposizione accessoria: onde la sua validità dipende dalla validità dell'obbligo, il cui adempimento si è con essa inteso assicurare.

Cosicchè, se le disposizioni testamentarie *poenae nomine* sono aggiunte per costringere indirettamente l'erede o legatario ad adempire una condizione o un modus immorale o impossibile, non avranno nessuna efficacia. Perchè è principio generale che, quando è nulla l'obbligazione principale, è nulla la clausola accessoria. A tale proposito si fa questione pel caso che il testatore ponga la clausola: "se l'erede o il legatario impugna il testamento, la disposizione fatta in suo favore sarà senza efficacia".

Ove l'erede o il legatario impugni effettivamente il testamento, decade dall'eredità o dal legato? Non si può dare una risposta generale ed assoluta, ma bisogna distinguere varii casi. Se il testatore con questa clausola ha voluto impedire l'esercizio derivante da una norma di ordine pubblico, la clausola è nulla; se invece egli ha voluto impedire l'esercizio di un diritto di interesse meramente privato, la clausola è valida. Quindi se il testatore abbia detto: "Istituisco eredi i miei figli Tizio, Caio, Sempronio con l'obbligo di non impugnare per riduzione le liberalità da me fatte in questo o altro testamento, e nel caso che essi impugnino le donazioni o i legati, de

cadranno dalla eredità" questa clausola è nulla perchè tende ad impedire l'esercizio del diritto di ridurre le donazioni, posto a garanzia della legittima, che è un diritto derivante da una norma di ordine pubblico, in quanto non ammette deroga alcuna da parte del privato.

Invece se il testatore dice: "Istituisco eredi i miei figli Tizio, Caio e Sempronio, ma se essi muoveranno liti per impugnare il testamento, decadranno dalla disponibile" in questo caso, siccome la clausola di decadenza, mira ad impedire l'esercizio di un diritto di ordine privato, la clausola sarà valida.

---

## § 117 - Il diritto di accrescimento - Concetto e storia.

Ancora c'è un'altra modalità possibile nelle disposizioni testamentarie, ed è il diritto di accrescimento. Il diritto di accrescimento si può così definire: "Il diritto pel quale, quando più persone sono chiamate in solido alla stessa cosa, la parte di colui che manca si aggiunge alla parte di colui o coloro che accettano la eredità o il legato".

Prima di esaminare partitamente questa definizione, dobbiamo dare un cenno sulla storia di questo istituto. Esso deriva dal diritto romano, però nel nostro Codice ha un significato al tutto diverso da quello che aveva nel diritto romano. Pel diritto romano bisogna distinguere il diritto di accrescimento a favore degli

eseredi ed il diritto di accrescimento in favore degli ere=
di aveva fondamento ben diverso da quello che aveva
il diritto di accrescimento a favore dei legatari era
fondato sulla volontà espressa o presunta del testatore.
Cioè, trattandosi di legato, si badava se il testatore,
chiamando più persone alla stessa cosa, avesse inteso
dare la cosa *in solidum* a ciascuno di loro, di modo
che, solo per necessità di fatto dovevano fare le parti;
oppure se il testatore, pur chiamando più persone al=
la stessa cosa, avesse inteso attribuire la cosa fin dal
primo momento in parti distinte: nella prima ipote=
si aveva luogo il diritto di accrescimento, nell'altra no.
Invece trattandosi di eredità, il diritto di accrescimen=
to non dipendeva dalla volontà del defunto espressa o
presunta, ma aveva suo fondamento nella legge stes=
sa, e principalmente in quel principio di cui ci siamo
occupati "*nemo pro parte testatus pro parte inte=
status decedere potest*."
Il testatore istituiva eredi Tizio, Caio e Sempronio;
Caio rinunziava all'eredità oppure premoriva al te=
statore: la parte di costui si poteva fare devolvere ai
successori legittimi? No, perchè *nemo pro parte
testatus, pro parte intestatus decidere potest*,
quindi la parte di Caio mancante doveva ope le=
gis per necessità accrescersi in favore degli altri e=
redi testamentarii sopravviventi ed accettanti.
Ancora il diritto di accrescimento aveva luogo non
solo quando vi fossero più eredi di cui uno fosse man=

cato, ma anche nel caso di un erede solo, a favore del quale il testatore avesse disposto di una parte della sua eredità. Così, se il testatore avesse detto: "Lascio erede Tizio per metà dei miei beni" e non avesse disposto niente per l'altra metà, Tizio, ancorchè istituito per metà dei beni, aveva diritto a tutta l'eredità verificandosi in suo favore il diritto di accrescimento; perchè anche in questo caso il diritto di accrescimento era conseguenza del principio: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decidere potest*.

Solo quando vi fossero stati più eredi, bisognava badare caso per caso se il diritto di accrescimento dovesse aver luogo in favore di tutti indistintamente o in favore di alcuni eredi a preferenza di altri.

Supponiamo che il testatore avesse nominati eredi quattro persone, una delle quali avesse rinunziato alla eredità: la parte mancante per principio generale si deve accrescere a favore di tutti: ma se il testatore avesse chiamato alcuno di questi eredi in modo speciale, cioè usando espressioni in cui avesse rivelato la volontà di preferirlo agli altri, allora il diritto di accrescimento aveva luogo solo a favore dell'erede che il testatore aveva mostrato di voler preferire.

Perciò a stabilire il criterio di preferenza tra i varii coeredi, i giureconsulti romani distinguevano la *coniunctio re et verbis*, la *coniunctio re tantum*, la *coniunctio verbis tantum*. La *coniunctio re et verbis* si ha quando due o più persone sono chia-

mate congiuntamente alla stessa cosa nella stessa di=sposizione, come per es: "Istituisco eredi Tizio e Sempro=nio nella metà del mio patrimonio". Ora, ove a questa disposizione il testatore avesse aggiunto: "Istituisco anche eredi Mevio e Antonio per l'altra metà" se mo=riva uno dei vari chiamati, la parte mancante non si accresceva a tutti e tre i rimanenti, ma si accresceva solo in favore di colui che era congiunto al mancante re et verbis, non degli altri.

La coniunctio re tantum aveva luogo quando il testatore avesse detto: "Istituisco erede Sempronio in tutto l'asse" e poi un'altra disposizione avesse aggiunto: "Istituisco anche erede Tizio di tutto l'asse" Si aveva coniunctio verbis tantum quando il testatore diceva: "Istituisco eredi Tizio e Sempronio ciascuno nella metà del mio patrimonio". Così la formula con cui più eredi erano chiamati non era il fondamento del diritto di accrescimento, ma e=ra soltanto il criterio di preferenza tra i vari eredi a cui favore per legge aveva il diritto di accrescimen=to.

I coniuncti re et verbis erano preferiti ai coniunc=ti re tantum e questi ai coniuncti verbis tan=tum. Invece per i legati non era così; nei legati, siccome non c'era una ragione legale e necessaria per ammettere il diritto di accrescimento, perchè la por=zione del legatario mancante si devolveva a favore del=l'erede universale, essendo il legato una delibatio here=

ditatis ossia una detrazione dell'eredità, così perchè vi fosse il diritto di accrescimento a favore degli altri legatarii, occorreva la coniunctio re et verbis o almeno la coniunctio re tantum.

Quindi per i legati la coniunctio era la base del diritto di accrescimento, in quanto che con essa il testatore manifestava la sua intenzione di chiamare i varii legatarii dell'intera cosa e conseguentemente di volere il diritto di accrescimento in favore delle persone chiamate.

Questo in breve il sistema romano. Il nostro Codice, avendo abbandonato il principio romano "nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decidere potest" ha esteso al caso di eredità lo stesso sistema che per diritto romano valeva pel caso di legato: cioè il diritto di accrescimento pel nostro Codice si avvera tanto in favore dei coeredi quanto in favore dei collegatarii, in base soltanto alla volontà del defunto espressa o presunta (cfr. articoli 879-885). Cosicchè, se la volontà del testatore manca, non c'è diritto di accrescimento, essendo oggi possibile il concorso della successione testata coll'intestata. Ma come si presume la volontà del testatore? Il nostro Codice avrebbe fatto molto meglio ad ammettere come regola generale che il diritto di accrescimento ha luogo quando la volontà del testatore si è manifestata in un modo qualunque cioè in un modo espresso o in un modo tacito: ma invece ha voluto seguire un sistema formalistico,

il sistema già adottato dai giureconsulti romani ed esagerato dalla scuola dei Bartolisti: dacchè la presunzione di volontà del testatore si basa semplicemente sulla formula adoperata.
Se il testatore ha adoperata una data formula, si presume che abbia voluto il diritto di accrescimento; se non l'ha adoperata, si reputa che non l'abbia voluto.
Questo sistema è censurabile perchè spesso non riesce ad interpretare la effettiva volontà del testatore e dà luogo a infinite questioni. Il testatore ignorante di diritto può, pur non volendo il diritto di accrescimento, adoperare quelle formule che per legge producono l'accrescimento; ed ecco che si ha così un effetto contrario all'intenzione del testatore! Ma, lasciando stare la critica, noi dobbiamo ora esaminare quali siano le regole positive del nostro Codice.

---

§ 118 - I requisiti del diritto di accrescimento.
Dalla definizione data del diritto di accrescimento, risulta che i requisiti pel suo avverarsi sono tre:
1°) è necessaria la chiamata alla stessa cosa; quindi identità della cosa oggetto della disposizione a titolo universale o particolare.
2°) volontà espressa o presunta dal testatore in base alla specie di congiunzione adoperata.
3°) che uno dei coeredi o collegatari chiamato congiuntamente alla stessa cosa sia mancante, cioè

non possa o non voglia acquistare la porzione che gli spetta. Esaminiamo questi requisiti ordinatamente.

*Identità della cosa*. È necessario che la cosa a cui i vari coeredi o i vari collegatari sono chiamati, sia tale che non si possa dare per intero a ciascuno, ma debba, data l'esistenza di più persone, dividersi in parte, nonostante che intenzione del testatore sia stata quella di attribuirla per intero a ciascuno: *concursu partes fiunt*. L'identità della cosa in questo senso si ha ordinariamente solo quando si tratta di cose determinate con i caratteri individuali, non già quando si tratta di cosa determinata con i suoi caratteri generici. Se il testatore dice: "Lascio a Tizio, Sempronio e Caio tre moggia di grano„ si può dire che ci sia identità della cosa che dà luogo al diritto di accrescimento?
Tre moggia di grano non costituiscono una cosa individuata, e perciò quando il testatore fa simile disposizione, non si può dire sempre che egli abbia voluto dare una unica e identica cosa in solido; ma si può pensare diversamente, che cioè il testatore abbia inteso dare tre moggia di grano per ciascuno; oppure si può ritenere che abbia inteso dare tre moggia di grano a tutti e tre, cioè 1/3 ciascuno.

Quindi si tratta di esaminare caso per caso l'intenzione del testatore, se cioè intese dare a ciascuno la quantità determinata di tre moggi di grano, o intese dividere fra queste tre persone i tre moggi di grano;

ma non c'è in questo caso l'identità obbiettiva della cosa. Così quando il testatore abbia detto "Lascio a Tizio, Caio e Sempronio £ 10.000, qui si deve vedere se il testatore intese dare £ 10000 per ciascuno giacchè non c'è la necessità di fatto che il concorso di più persone importi divisione; oppure se il testatore intese dare a ciascuno la terza parte di £ 10.000.

Però è possibile che, sebbene una cosa per sè sia fungibile, purnondimeno se il testatore l'ha considerata come infungibile quando il testatore corpora cogitavit non quantitatem e allora per necessità concursu partes fiunt, come se per es. io dico: "Lascio a Tizio Caio e Sempronio mille sterline che al momento della mia morte si troveranno in quel dato cassetto".

2°- Volontà del testatore. Il testatore può esprimere direttamente la sua volontà di concedere il diritto di accrescimento come se per es. dica: "Lascio £ 10000 a Tizio, Caio e Sempronio col diritto di accrescimento" allora la volontà del testatore è espressa e non c'è luogo a questione di sorta.

Ma molte volte questo non avviene, cioè il testatore non esprime al riguardo la sua volontà e forse non vi ha punto pensato: tuttavia si serve di alcune formule. Quando le formule adoperate sono quelle previste dalla legge, ne deriva il diritto di accrescimento perchè la legge presume che l'uso di tali formule riveli l'intenzione del testatore di con=

cedere il diritto di accrescimento, anche se questa in realtà non vi sia.

Quali sono le formule che danno luogo alla presunzione della volontà del testatore rispetto al diritto di accrescimento? Sono la coniunctio re et verbis, la coniunctio re tantum, la coniunctio verbis tantum che però hanno efficacia diversa.

Coniunctio re et verbis. Quando più persone sono chiamate alla stessa parte di eredità o alla stessa cosa legata, nello stesso testamento e nella stessa disposizione testamentaria, la legge (art. 880) presume che ci sia diritto di accrescimento.

Il testatore dice: "Lascio tutta la mia eredità a Tizio, Caio e Sempronio" senza dire di più; oppure dice: "Lascio il fondo B ad Antonio ed a Mevio miei amici" e non dice altro. Qui, solo perchè la stessa cosa è lasciata nello stesso testamento e nella stessa disposizione testamentaria a più persone, cioè vi è la conditio re et verbis vi è il diritto di accrescimento; perchè la legge presume che il testatore, chiamando più persone insieme alla stessa cosa, nello stesso testamento e nella stessa disposizione testamentaria, abbia voluto dar loro la cosa in solido, onde, mentre la loro coesistenza produce la divisione della cosa, la mancanza di uno di essi produce l'accrescimento in favore degli altri.

Può darsi benissimo che il testatore non abbia voluto questo, cioè il testatore, essendo ignorante di

diritto non abbia saputo le conseguenze che sarebbero derivate dalle sue parole; pur non di meno si verifica l'effetto dell'accrescimento. Ma se alcuno chiama oggi erede universale Tizio in un testamento, e domani faccia un altro testamento in cui dica: "chiamo anche erede universale Caio" manca la coniunctio re et verbis perchè ci sono due testamenti distinti.

Oppure se il testatore nello stesso testamento dica: "chiamo erede Tizio" ed in un'altra proposizione aggiunga "chiamo anche erede universale Sempronio" nemmeno c'è la coniunctio re et verbis. Sicchè per avere la coniunctio re et verbis produttiva del diritto di accrescimento tanto per l'istituzione di erede quanto per i legati, occorre che più persone siano chiamate alla stessa cosa nello stesso testamento e nella stessa disposizione testamentaria.

Coniunctio re tantum. Questa si ha nei seguenti casi: "Io istituisco erede universale Tizio" e dopo nello stesso testamento aggiungo: "istituisco anche erede universale Caio" oppure "Lego il fondo tale a Tizio e poi aggiungo "lego lo stesso fondo a Sempronio" Qui abbiamo congiunzione re tantum, cioè la stessa cosa è data a più persone ma in disposizioni distinte. C'è o no il diritto di accrescimento?

Il nostro Codice distingue (art. 880 e 884 e arg. a contrario da quest'ultimo art.) se si tratta di eredità non c'è diritto di accrescimento; se si tratta di

legato c'è diritto di accrescimento.
La distinzione non ha ragione di essere, perchè una delle due: o il fatto della chiamata di più persone alla stessa cosa è per sè significativo della volontà del testatore, ed allora deve valere tanto per l'eredità, quanto per il legato; oppure non è un fatto significativo della volontà del testatore e allora non deve valere nè per l'un caso nè per l'altro. Perchè dunque il nostro legislatore ha voluto fare una distinzione così illogica?
Gli scrittori hanno cercato la ragione nel diritto antico e nel diritto intermedio, ma io credo che la ragione si trovi facendo un confronto tra il Codice nostro e quello francese. Il Codice francese non ammette eredi testamentari, ammette soltanto legatari distinguendo il legatario a titolo universale che corrisponde al nostro erede e il legatario a titolo particolare che è il vero legatario e perciò si occupa solo del diritto di accrescimento tra collegatari.
Ora il Codice francese dice che la coniunctio re tantum produce il diritto di accrescimento in un solo caso, quando cioè la cosa legata sia indivisibile; sicchè da questo alcuni autori argomentano che la coniunctio re tantum non possa aver la efficacia del diritto di accrescimento rispetto ai legatari a titolo universale, perchè l'universum ius ossia l'eredità è per sè stessa una cosa sempre divisibile, mentre invece può avere efficacia per le disposizioni a titolo particolare, perchè in queste, l'oggет-

to essendo una cosa singola, può essere divisibile e può essere indivisibile.

Il nostro legislatore invece ha tolto giustamente il requisito dell'indivisibilità della cosa, per l'effetto del diritto di accrescimento. La coniunctio re tantum può produrre quest'effetto anche se la cosa sia divisibile, perchè non dalla natura della cosa deriva il diritto di accrescimento, ma dalla volontà del testatore. Ora, avendo il nostro legislatore modificato in ciò il codice francese, doveva necessariamente modificare la conseguenza che da esso deriva, che cioè, essendo l'eredità una cosa divisibile, la vocazione di più coeredi, contenuta in disposizioni distinte, non produce accrescimento. Perchè come ha luogo tale diritto a favore di più legatari, anche quando la cosa sia divisibile, così avrebbe dovuto aver luogo tra più coeredi, nonostante la naturale divisibilità dell'universum ius. Sicchè è chiaro che la ragione della differenza ha la coniunctio re tantum per i legati, e quella per le istituzioni di eredi, è tutta storica, non logica nè giuridica.

Coniunctio verbis tantum. Su questo proposito si sbizzarrirono molti interpreti medioevali per determinare se e in quali limiti la coniunctio verbis tantum producesse l'effetto dell'accrescimento. Il testamento è così fatto: "Istituisco eredi Tizio e Sempronio per metà del mio patrimonio", oppure "Lego a Tizio e Sempronio il fondo Tusculano in parti e=

guali" oppure "Lego a Tizio e Sempronio il fondo Tu=
sculano ciascuno per metà" Questa congiunzione era
chiamata coniunctio verbis tantum perchè la
congiunzione è meramente verbale, non reale; verba=
le perchè più sono i chiamati nella stessa disposizio=
ne testamentaria, ma non reale perchè l'eredità
o la cosa lasciata ai vari chiamati non è lasciata in
solido, ma pro parte in quanto si dice: "in parti e=
guali" oppure "a ciascuno la metà" ecc.
Ora alcuni sostenevano che la coniunctio verbis
tantum siccome importa divisione della cosa le=
gata o dell'eredità non producesse diritto di accre=
scimento, perchè non v'è la chiamata in solido.
Altri invece sostenevano che, nonostante la cosa fosse di=
visa, purnondimeno seguisse il diritto di accrescimen=
to: ma questi ultimi fecero una distinzione: se l'asse=
gnazione dell'eredità o della cosa legata è fatta in par=
ti ideali, cioè parti che non sono ad oculum demon=
strabiles, cioè materialmente indicate, essa non im=
pedisce il diritto di accrescimento, dacchè essa, anche se
non fatta esplicitamente, è conseguenza dello stesso con=
corso di più persone; invece, se l'assegnazione è di
parti materiali, tangibili, siccome questa non è la
conseguenza del concorso di più persone, ma unica=
mente è effetto della volontà del testatore, il dirit=
to di accrescimento non ha luogo, perchè manca il
presupposto della chiamata in solidum.
Questa fu l'opinione dei bartolisti. Quando il testa=

tore ha detto: "Lascio a Tizio e a Sempronio il fondo Tusculano metà per ciascuno o in parti uguali,, c'è diritto di accrescimento; ma se ha detto: "Lascio a Tizio e Sempronio il fondo Tusculano di guisa che a Tizio spetti la parte che guardi ad oriente e a Sempronio quella che guarda a Settentrione,, non c'è diritto di accrescimento.

Evidentemente questo formalismo era deplorevole, giacchè si faceva dipendere l'esistenza o la mancanza di un diritto dalle parole adoperate dal testatore e non dall'intenzione effettiva. Eppure questo sistema è stato riprodotto dal Codice nostro, ma in maniera assai incoerente. Pel nostro Codice (art. 881) quando il testatore chiama due o più persone alla stessa quota ereditaria o alla stessa cosa legata, ed adopera l'espressione "in parti eguali,, questa espressione non impedisce il diritto di accrescimento perchè, si afferma, in tale ipotesi, il testatore non ha detto niente di diverso da quello che realmente si sarebbe verificato, anche se nulla avesse detto.

Se invece il testatore dica: "Lascio la mia eredità a Tizio ed a Sempronio a ciascuno per metà,, in questo caso invece non si ha diritto di accrescimento, eppure tanto vale l'una che l'altra formula. Sicchè il formalismo di Bartolo e dei suoi seguaci viene peggiorato, perchè Bartolo almeno era logico distinguendo le parti materiali dalle parti ideali o quote.

Invece il nostro legislatore non ha fatto tale distin-

zione, ma quella dell'assegnazione fatta in termini generici "parti uguali" e dell'assegnazione in termini specifici "per metà, per un terzo, ecc." non secondo il numero dei chiamati, senza alcuna ragione giustificatrice.

Invero, che differenza passa tra il dire "Lascio il fondo Tusculano a Sempronio ed a Caio in parti uguali" ed il dire "Lascio il fondo Tusculano a Sempronio e Caio metà per ciascuno"? Nessuna differenza: la differenza è solo verbale, ma la sostanza delle due disposizioni è la stessa. Quindi, mentre seguendo l'opinione di Bartolo, dovrebbe aver luogo il diritto di accrescimento tanto nell'uno quanto nell'altro caso; oppure non volendo seguire quell'opinione, non avrebbe dovuto mai aver luogo il diritto di accrescimento, secondo il nostro Codice, nella prima ipotesi ha luogo, nella seconda no.

Ma che si dirà se il testatore, adoperando pure le formule che dànno luogo al diritto di accrescimento, poi dopo in una disposizione distinta da quella con cui attribuisce il diritto agli eredi o legatari, fa distribuzioni di parti? Avrà luogo il diritto di accrescimento oppure no?

Facciamo un esempio: "Lascio eredi universali Tizio, Caio e Sempronio" questa formula per sè stessa, produce diritto di accrescimento; ma poi aggiungo: "Voglio però che la tale casa appartenga a Tizio, che il tale fondo tocchi a Sempronio, e quest'altro a

spite a Caio" Questa disposizione che si distingue dalla prima importa ostacolo al diritto di accrescimento, oppure è conciliabile con esso?
Certamente a priori non si può dare una risposta negativa od affermativa; ma bisogna esaminare caso per caso quale fu l'intenzione del testatore. Gli autori però dicono che bisogna tener conto della disposizione che ha per iscopo l'attribuzione del diritto all'eredità o al legato, e non della disposizione che ha per iscopo l'esecuzione materiale di siffatta attribuzione. Se l'assegnazione delle parti ha soltanto per iscopo l'esecuzione materiale della volontà del testatore, questa assegnazione non ha l'efficacia di impedire il diritto di accrescimento: ma se questa assegnazione ha lo scopo di attribuire ai vari eredi o legatari la propria quota, solo allora impedisce il diritto di accrescimento.

Può darsi ancora un'altra ipotesi non contemplata dal Codice; che cioè una persona chiami più eredi o legatari congiunti in modo diverso: cioè alcuni congiunti re et verbis, altri re tantum.
"Lascio il fondo Tusculano a Mevio e Sempronio" e poi aggiunge "lascio lo stesso fondo ad Antonio."
Qui abbiamo due persone chiamate alla stessa cosa congiunte re et verbis ed un'altra re tantum.

Supponiamo che manchi un congiunto re et verbis Mevio; la porzione di Mevio mancante, a chi andrà? andrà a favore di Sempronio solo o anche di

Antonio? Non andrà a favore anche di Antonio, perchè il testatore chiamando alla stessa cosa più persone con formule diverse, ha mostrato maggiore preferenza per quello chiamato re et verbis anzichè per il congiunto re tantum.

3° Mancanza di uno dei chiamati congiuntamente. Non basta che vi sia una sola ed unica cosa cui più persone siano chiamate; non basta che vi sia la coniunctio re et verbis o la coniunctio re tantum, ma è necessario anche perchè si faccia luogo all'accrescimento che venga a mancare uno dei più chiamati. Un erede o un legatario può dirsi <u>mancante</u> quando egli non possa o non voglia accettare l'eredità o il legato.

Solo allora la porzione di lui si accresce agli altri, perchè il concetto fondamentale del diritto di accrescimento è che esso non sia già un vero diritto di accrescimento, cioè il diritto a fare un acquisto nuovo, ma sia piuttosto, come dicevano gli antichi, un ius non decrescendi. E invero, se solo concursu partes fiunt" di modo che se la concorrenza di più persone non ci fosse stata fin dal principio, le parti non ci sarebbero mai state, ne segue che come la presenza di uno dei più chiamati importa un limite all'acquisto, così la mancanza toglie questo limite, producendo lo stesso effetto che si sarebbe avuto se il limite non fosse stato mai posto.

Il Leibnitz che, oltre ad essere un profondo filosofo,

fu anche un valente giurista, studiando anche egli il diritto di accrescimento, volle fare una dimostrazione fisico-matematica del fenomeno dell'accrescimento.

Egli dice: Poniamo che due persone siano chiamate congiuntamente alla stessa cosa: queste due persone noi ce le possiamo rappresentare come due corpi equidistanti da un punto verso cui si muovono da lati opposti e contemporaneamente, con la stessa velocità.

Chiamiamo A e B questi corpi equidistanti da C, lo spazio cui devono arrivare. Se A e B si muovono nello stesso tempo e con forze uguali, essi si incontreranno nel punto medio di C: incontrandosi in questo punto, nessuno di loro può andare più avanti, perchè due forze eguali e contrarie si elidono: quindi nessuno può percorrere tutto lo spazio C, ma ciascuno ne percorrerà la metà.

Ma poniamo che questi due corpi non si muovano nel tempo stesso, ma che uno si muova, mentre l'altro rimane inerte: quello che si muove, non solo giungerà nello spazio C, ma arriverà al limite estremo di questo spazio, perchè non incontrerà ostacolo alcuno.

Ecco come si spiega, perchè quando manca uno dei coeredi o collegatari, l'altro acquista tutta la cosa.

Io ho detto che, ove vi sia la mancanza di un erede o un legatario, cioè l'erede o il legatario non possa o non voglia accettare, segue l'accrescimento.

Ma il Codice non adopera questa formula generale; invece determina alcuni casi speciali di man=

canza, di modo che potrebbe pensarsi che essi siano i soli. Invece non è così, perchè nella enumerazione di questi casi particolari la legge non fa che applicare un concetto generale.
L'art. 879 dice: Se tra gli eredi istituiti alcuno è premorto al testatore oppure rinunzia all'eredità o è incapace, la sua porzione è devoluta al coerede o ai coeredi qualora abbia luogo il diritto di accrescimento salvo ciò che è stabilito nell'art. 880.
Sicchè l'art. 879 prevede tre casi in cui è possibile il diritto di accrescimento tra i coeredi, il caso che uno dei coeredi sia premorto, il caso che rinunzi, e il caso che sia incapace. L'art. 884 che riguarda i legati, prevede un altro caso dicendo: Quando alcuno dei legatari sia premorto al testatore, o rinunzi al legato, o ne sia incapace o ne venga a mancare la condizione sotto la quale era chiamato, si fa pure luogo tra i medesimi al diritto di accrescimento a norma degli articoli 880 e 881, e così pure quando una cosa sia stata nello stesso testamento legata a più persone, anche con separata disposizione.
Cosicchè il Codice prevede per i collegatari, oltre i tre casi previsti per gli eredi, un quarto, quello della mancanza della condizione. Ma questi casi sono forse tassativi? cioè il nostro legislatore intese

dire che in altri casi non è possibile il diritto di accre=
scimento?

Se noi guardiamo bene lo stesso codice, ci convinceremo facilmente che l'enumerazione è soltanto enunciativa, e fatta in applicazione del principio generale che, per far luogo al diritto di accrescimento, l'erede o il legatario deve mancare, e poco importa quale sia la causa di questa mancanza. Ciò risulta dallo art. 882 in cui si usa una parola generale e comprensiva: "I coeredi ai quali in forza del diritto di accrescimento è devoluta la porzione dell'erede <u>mancante</u>, sottentrano negli obblighi e nei carichi a cui egli sarebbe sottoposto".

Sicchè mettendo in relazione i vari articoli, si rileva chiaramente come quei casi non siano tassativi, ma siano soltanto indicati come i più comuni ed ordinari, in cui si verifica la mancanza dell'erede o del legatario; ma che qualunque sia la causa della mancanza, si avvera il diritto di accrescimento, perchè sparisce quell'ostacolo che si frapponeva al conseguimento dell'intera cosa, e quindi il diritto di ciascun chiamato riprende la sua naturale elasticità.

Posto questo criterio generale, determiniamo i vari casi. Il Codice parla anzitutto di premorienza: quando uno dei chiamati alla stessa eredità o allo stesso legato premuore al testatore, poichè evidentemente chi premuore al testatore non acquista nessun diritto all'eredità o al legato, ne segue che, mancando

la presenza di colui che avrebbe recato ostacolo all'acquisto degli altri della cosa intera, si debba avverare il diritto di accrescimento.

Ma che deve dirsi della commorienza? Gli autori non ne parlano non prevedendo un caso che, sebbene raramente, pure si può avverare: infatti, dopo il recente disastro di Messina, è sorta molte volte la questione in pratica se alla premorienza debba equipararsi la commorienza, specialmente per l'effetto del diritto di accrescimento. Tizio ha nominati eredi congiuntamente i suoi figli Mevio e Sempronio: Mevio è morto insieme col padre nello stesso disastro; si domanda: Sempronio, superstite, ha il diritto di accrescimento sulla quota di Mevio; oppure questa dovrà dividersi fra tutti gli eredi legittimi?

Ci sono stati avvocati i quali hanno voluto sostenere che la commorienza non essendo un caso previsto dal Codice, non dà luogo al diritto di accrescimento. Essi hanno detto: Il Codice parla di eredi chiamati congiuntamente i _premorti_, e non dice _commorti_.

Ma questo è un vero sofisma: dal momento che principio generale di legge è che l'impossibilità o la non volontà di accettare l'eredità o il legato è causa del diritto di accrescimento, l'impossibilità ad accettare si ha come nel caso della commorienza.

Che cosa si ha nel caso di commorienza? Dice la legge che quando più persone si reputano morte nel tempo stesso, il diritto non passa da una persona all'altra (ar-

ticolo 924); il diritto di successione non ha luogo e quindi segue lo stesso effetto che si ha quando c'è premorienza. Perchè infatti l'erede premorto al testatore non acquista il diritto di successione?
Perchè egli non è vivente in quel momento in cui è necessario esser vivo per acquistare il diritto, cioè non è sopravvissuto al testatore. Ora non è sopravvissuto al testatore tanto chi è premorto a lui, quanto chi è morto insieme con lui. Quindi nessun dubbio ci può essere che la commorienza sia uno dei casi in cui si fa luogo al diritto di accrescimento, producendo lo stesso effetto della premorienza, cioè impossibilità di acquistare per la mancata sopravvivenza; perchè uno dei requisiti per la successione è che l'erede sopravviva al de cuius, sia pure per un momento solo.
Ora quando c'è la commorienza effettiva o presunta, l'erede non è sopravvissuto un momento solo al testatore, e quindi è come se fosse premorto.
La legge parla poi di incapacità: l'erede o legatario chiamato congiuntamente con altri, può sopravvivere al testatore, ma se è incapace, non potendo l'incapace acquistare, la sua capacità sarà causa del diritto di accrescimento. Ma che specie di incapacità deve essere?
Può essere qualsiasi specie di incapacità: può essere incapacità assoluta come nel caso che il testatore abbia chiamato congiuntamente con alcune persone viventi, una persona nè nata nè concepita, o che non sia

figlio immediato di una determinata persona vivente; in questo caso c'è incapacità assoluta, quindi c'è diritto di accrescimento.

Ma questi casi sono ben rari; i casi più comuni sono quelli di incapacità relativa, cioè di incapacità rispetto al testatore. Può uno dei più chiamati congiuntamente all'eredità o al legato essere indegno, perché ha commesso contro il testatore qualche fatto che produce indegnità; ebbene, siccome l'indegno non può acquistare l'eredità, la sua quota si accresce in favore degli altri eredi chiamati da lui congiuntamente alla eredità. Può darsi che il chiamato alla eredità o al legato sia uno che non può ricevere liberalità dal testatore, per es. è il notaio che ha ricevuto il testamento, ed è chiamato con altre persone estranee all'eredità o al legato: è uno dei testimoni che ha preso parte alla confezione del testamento; è il tutore sotto la cui amministrazione è stato il testatore: il notaio, i testimoni, il tutore, sono persone incapaci, e se es-se sono chiamate insieme a persone capaci, la loro incapacità darà luogo al diritto di accrescimento.

Si può dare ancora un altro caso di incapacità, ed è il caso dell'incapacità parziale. Vi sono persone parzialmente incapaci come il figlio naturale, il coniuge di seconde nozze. Ora supponiamo che il testatore, che ha quattro figli legittimi di primo letto, lasci loro la sola legittima e istituisca erede della disponibile il coniuge in seconde nozze e un amico congiuntamen-

te. Siccome qui il coniuge di seconde nozze verrebbe ad avere $\frac{1}{4}$ dell'eredità mentre ciascun figlio di primo letto viene ad avere $\frac{1}{8}$ dell'eredità, evidentemente al coniuge in seconde nozze è attribuito più di quanto per legge è capace di ricevere.

Ora la quota del coniuge superstite eccedente i limiti della legge, andrà a favore degli eredi legittimi? No, ma andrà a favore del chiamato congiuntamente perchè la legge dice che nel caso che uno dei chiamati congiuntamente sia incapace, ha luogo il diritto di accrescimento, e non distingue la incapacità assoluta dalla relativa; la incapacità totale dalla parziale. Lo stesso avviene nel caso che l'incapace sia un figlio naturale.

Un altro caso di impossibilità ad accettare che il Codice non contempla è il caso dell'assenza; se uno dei chiamati congiuntamente è assente, siccome non si sa se l'assente sia vivo o morto, egli non acquista il diritto di successione. Che cosa accadrà allora? Accadrà che l'assente, non essendo capace, appunto perchè non si può considerare come vivente, la sua porzione si accrescerà agli altri chiamati congiuntamente. Perciò, sebbene il Codice non contempli il caso dell'assenza, pure applicando il principio generale, dovrà ritenersi che anche il caso di assenza, dà luogo al diritto di accrescimento il che è confermato del resto dall'art. 43 "Aprendosi una successione alla quale sia chiamato in tutto o in parte una

persona della cui esistenza non consti, la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, o a quelli cui spetterebbe in sua mancanza, salvo il diritto di rappresentazione"
Donde si rileva che nel caso che l'assente concorra congiuntamente ad altre persone che non sono assenti, la sua quota andrà a favore di quelli insieme ai quali è stato chiamato; quindi si verifica il diritto di accrescimento anche nel caso di assenza.
Un altro caso è quello della condizione sospensiva: se alcuno sia chiamato sotto condizione sospensiva congiuntamente ad altri chiamati senza condizione, che cosa avverrà?
Se la condizione si verifica, senza dubbio il chiamato sotto condizione può accettare, e quindi l'eredità o il legato verrà a lui devoluto. Ma se la condizione non si verifica, oppure il chiamato sotto condizione congiuntamente con altri muore prima che si verifichi la condizione, siccome il chiamato all'eredità o al legato non acquista nulla, la sua parte si accresce ai coeredi o ai collegatari. Nè giova notare in contrario che il Codice parla di nomina sotto condizione sospensiva solo riguardo ai legati, non alle istituzioni di erede, per conchiudere che in tali ipotesi il diritto di accrescimento si avvera soltanto per i legati e non per le istituzioni di erede, per conchiudere che in tali ipotesi il diritto di accrescimento si avvera soltanto per i legati e non per le istituzioni di

erede, perchè c'è l'art. 858 in cui si dice: "L'amministrazione sarà affidata al *coerede* o ai coeredi istituiti senza condizione quando tra essi e l'erede condizionale possa aver luogo il diritto di accrescimento".
Dunque si suppone la possibilità del diritto di accrescimento tra più coeredi, uno dei quali sia chiamato sotto condizione, mentre gli altri siano chiamati senza condizione: quindi la stessa regola che vale per i legati, vale anche per le istituzioni di erede.

Questi sono tutti i casi in cui non è possibile l'acquisto dell'eredità o del legato, casi di cui il Codice ha enunciato solo i principali.

A questi casi bisogna aggiungere quello della non volontà di accettare, cioè il caso della rinunzia: uno dei chiamati congiuntamente all'eredità o al legato è pienamente capace, ma rinunzia: il rinunziante, per principio generale di legge, si ha come non mai chiamato: quindi il caso della rinunzia è equiparato al caso di incapacità; il caso della non volontà è equiparato al caso della impossibilità ad accettare e quindi la parte del rinunziante si accresce ai coeredi o collegatari come nei casi di impossibilità.

Perchè dunque avvenga il diritto di accrescimento è necessario che uno dei coeredi o collegatari non abbia acquistato l'eredità o il legato per impossibilità di accettare o per rinunzia.

Quando uno dei chiamati congiuntamente ad altri ha acquistato il legato o l'eredità, il fatto posterio=

re della morte di lui o della rinuncia non importa diritto di accrescimento e si comprende il perchè.
Perchè quando alcuno ha acquistato il diritto alla eredità o al legato, questo diritto entra nel suo patrimonio e segue la sorte di esso: il diritto acquistato da uno dei chiamati congiuntamente, si trasmette agli eredi di questo e non agli altri coeredi.
Se dopo la morte di uno che ha già acquistato il diritto, si avverasse il diritto di accrescimento in favore degli altri, si verrebbe a dar luogo alla sostituzione fidecommissaria che è proibita dalla legge. Quindi si capisce che soltanto qualora uno dei chiamati congiuntamente non abbia acquistato il diritto, si può verificare il diritto di accrescimento.

Una eccezione apparente a questo principio c'è per i legati di usufrutto. Se più persone sono chiamate congiuntamente all'usufrutto di una stessa cosa, il diritto di accrescimento si avvera non solo se una di queste persone non voglia o non possa accettare il legato, ma anche se ha accettato e dopo sia morta. Il diritto di accrescimento in altre parole, per l'usufrutto, si avvera non solo prima che si acquisti il diritto di usufrutto, ma anche dopo. La ragione di questa eccezione apparente consiste in ciò, che mentre il diritto di proprietà è un diritto che si acquista una volta tanto, il diritto di usufrutto è un diritto che si acquista giorno per giorno te die in diem; così almeno pensavano i giureconsul-

ti romani. Ma anche se non vogliamo accettare questo concetto c'è un'altra ragione che giustifica questa apparente eccezione, e questa è riposta nella natura stessa del diritto di usufrutto.

Il diritto di proprietà è per sua natura perpetuo, sicchè quando vi è acquisto del diritto di proprietà da parte di una persona, questo diritto si trasmette ai suoi eredi; invece quando si acquista il diritto di usufrutto si acquista un diritto essenzialmente temporaneo, connesso alla vita dell'individuo, cosicchè l'usufrutto non si può trasmettere agli eredi. Perciò mentre quando il diritto di proprietà, se questo diritto una volta acquistato si venisse ad accrescere ai chiamati congiuntamente, si avrebbe la sostituzione fidecommissaria; invece quando si ha il diritto di usufrutto esso anche una volta acquistato si può accrescere ai coeredi chiamati congiuntamente, perchè così non si ha sostituzione fidecommissaria.

Invero la sostituzione fidecommissaria importa l'obbligo di conservare e restituire, ma nel diritto di usufrutto non si concepisce la possibilità di un obbligo simile, giacchè non si può conservare e dare ad altri ciò che dalla legge è destinato ad estinguersi.

In altri termini, se si tratta di una cosa in proprietà, il diritto di accrescimento non può avere effetto se non quando la persona chiamata congiuntamente ad altre non ha acquistato il diritto; invece quando il testatore lascia lo stesso usufrutto a più

persone chiamate congiuntamente, la volontà del testatore che tutti i chiamati abbiano eventualmente l'intera cosa, si può attuare non solo nel caso che uno di questi manchi all'apertura della successione, ma anche se venga a mancare dopo aver goduto.

Nè così si ha una specie di usufrutto successivo dal nostro Codice proibito. L'usufrutto successivo che cosa importa? Importa due chiamate distinte in ordine successivo; invece quando abbiamo l'usufrutto congiuntivo fra più persone, unica è la chiamata, giacchè più persone sono chiamate in solidum allo stesso usufrutto / ciascuna cioè dovrebbe, secondo l'intenzione del testatore, godere dell'intero, solo l'attuazione di questa volontà in fatto, è ostacolata dall'esistenza di più persone; mancando questo ostacolo, deve essere effettuato il godimento dell'intero.

Ora questo ostacolo può sparire non solo quando uno dei chiamati congiuntamente non accetta, ma anche quando viene a morire dopo l'accettazione.

Il contrario avviene se più persone sono chiamate congiuntamente al diritto di uso. Il Codice tace su questo caso, ma è facile dire che cosa avviene: il diritto di accrescimento non si verifica mai, anche se uno dei chiamati congiuntamente ad diritto di uso, rinuncia o sia incapace, appunto perchè il diritto di uso è un diritto limitado ai bisogni dell'usuario e della sua famiglia.

Ora il diritto di accrescimento che cosa importerebbe? Importerebbe un diritto di uso eccedente il limite dei bisogni delle persone chiamate congiuntamente a quel diritto, e delle loro famiglie. Quindi ancorchè si abbia la coniunctio re et verbis in un diritto di uso o di abitazione, questa congiunzione non importa diritto di accrescimento, perchè la stessa natura del diritto a cui si è chiamati, impedisce l'accrescimento.

In conclusione quando concorrono i tre requisiti studiati, identità della cosa a cui si è chiamati, congiunzione tale che faccia presumere che il testatore volle il diritto di accrescimento, mancanza di uno dei chiamati; ha luogo il diritto di accrescimento.

---

## §119. Eccezioni al diritto di accrescimento.

Questa è la regola generale, però ci sono delle eccezioni. Anzitutto una prima eccezione, sebbene la legge non lo dica, si ha quando c'è la sostituzione di cui parleremo fra poco.

Quando cioè il testatore, avendo detto: "Istituisco miei eredi Tizio e Sempronio,, con la quale formula parrebbe che ci fosse il diritto di accrescimento; abbia poi aggiunto: "Ove manchi uno degli eredi chiamati nella disposizione precedente, istituisco erede Mevio,, evidentemente il diritto di accrescimento non ha luogo. La sostituzione, dicevano gli an=

tichi, vince il diritto di accrescimento perchè il diritto di accrescimento è fondato sulla presunta volontà del testatore, la quale viene distrutta dalla volontà contraria espressa colla sostituzione.

Un altro caso in cui non si avvera il diritto di accrescimento è quello contemplato dall'art. 890 capoverso. Cioè se si dà l'ipotesi in cui si deve ammettere il diritto di rappresentazione anche nella successione testamentaria, non ha luogo il diritto di accrescimento: (art. 879) Facciamo un esempio: Abbiamo detto che quando uno dei chiamati congiuntamente premuore al testatore, o è incapace, si verifica il diritto di accrescimento in favore dell'altro o degli altri chiamati congiuntamente. Ma supponiamo che il premorto o l'indegno, sia figlio del testatore ed abbia alla sua volta dei figli, allora si applica l'art. 890, cioè non ha luogo il diritto di accrescimento ma il diritto di rappresentazione, cosicchè nella quota del premorto o dell'indegno non sottentreranno i coeredi o collegatari per diritto di accrescimento, ma i suoi figli per diritto di rappresentazione.

In altre parole il diritto di rappresentazione nella successione testamentaria, vince il diritto di accrescimento. L'art. 890 però non si applica che solo in alcuni casi in cui può aver luogo il diritto di accrescimento come nel caso di premorienza o commorienza dell'erede o legatario chiamato congiuntamente e nel caso di indegnità.

Ma nel caso che il chiamato congiuntamente ad altri sia incapace per un'altra ragione diversa dall'indegnità, o sia rinunziante, non ha luogo il diritto di rappresentazione ma ha luogo il diritto di accrescimento.
Cosicchè, mentre la sostituzione importa sempre eccezione al diritto di accrescimento, invece l'applicazione dell'art. 890 fa eccezione soltanto in alcuni casi.

---

§120. Effetti del diritto di accrescimento.

Passiamo ora agli effetti del diritto di accrescimento. Gli effetti del diritto di accrescimento sono quelli di cui già abbiamo fatto cenno, cioè verificandosi quei tre estremi, la parte del mancante si accresce agli altri. Ma come si accresce? Si accresce per intero se un solo è l'altro chiamato congiuntamente; si accresce per parti uguali se più sono i chiamati congiuntamente. Ma si accresce ipso iure, oppure per effetto della volontà del coerede o del collegatario? La questione è molto discussa tanto nel diritto comune quanto nel diritto odierno. Nel diritto comune i dottori facevano distinzione fra la coniunctio re tantum e la coniunctio verbis tantum: se c'era la coniunctio re tantum, la quota del mancante si accresceva ipso iure ipsoque facto; se c'era la coniunctio verbis tantum, cioè con la espressione "in parti uguali" il diritto di accrescimento non aveva luogo se l'altro

coerede o collegatario non dichiarasse la sua volontà favorevole al diritto di accrescimento.

Ma nel nostro diritto niente ci autorizza a fare questa distinzione che già era poco fondata nel diritto comune. L'opinione dominante che anche io seguo, è che il diritto di accrescimento si verifica sempre *ipso iure ipsoque facto*; e ciò in base all'espressione della legge adoperata nell'articolo in cui si dice che "si fa luogo al diritto di accrescimento"; ora questa frase significa che il diritto di accrescimento si avvera per sè stesso senza speciale dichiarazione di volontà, ma per la natura del diritto di accrescimento, il quale non è un titolo di nuovo acquisto, ma è un *ius non decrescendi*.

Su che si basa il diritto di accrescimento? Sulla volontà del testatore il quale intese chiamare più coeredi o più collegatari in solido; cioè avrebbe voluto dare l'intera cosa a ciascuno di essi, ma ciò non potè fare per impossibilità di fatto; sicchè ove questa impossibilità cessi, ha piena attuazione la volontà del testatore.

Perciò quando uno dei vari coeredi o collegatari ha accettato l'eredità, ha acquistato il diritto sulla intera cosa, limitato dalla possibilità della concorrenza degli altri; onde se questa possibilità non si è verificata, egli si trova già di avere accettato per l'intero, e non occorre un'accettazione speciale, una nuova dichiarazione di volontà; la porzio=

ne del mancante gli si accresce ipso iure.
La conseguenza dell'acquisto ipso iure sarebbe questa: che i pesi, le condizioni imposte al coerede o collegatario mancante dovrebbero svanire, e non trasferirsi al coerede o collegatario che acquista iure non decrescendi; perchè allora si ha trapasso di pesi, di condizioni, quando c'è successione: ora, quando il coerede o collegatario acquista la quota del mancante per diritto di accrescimento, non c'è un successore del mancante; invece è un successore diretto del defunto, e siccome questi non impose a lui quei pesi o quelle condizioni, così non dovrebbe sopportarli.
Infatti nel diritto comune si ritenne che quando l'acquisto per diritto di accrescimento avvenisse ipso iure, i pesi imposti al mancante non gravassero anche su colui che sottentrava per diritto di accrescimento.
Però il nostro Codice ha seguito un'altra opinione meno logica ma più equa; cioè, nonostante che il diritto di accrescimento si avveri ipso iure, anche all'insaputa di chi acquista il diritto del mancante, pure i pesi, le condizioni si trasferiscono al coerede o collegatario che acquista per diritto di accrescimento, tranne che i pesi o le condizioni siano tali di loro natura, da non potersi adempire da una determinata persona.
Se il testatore abbia detto: " Istituisco eredi Tizio, Caio e Sempronio; però voglio che Tizio adempia l'obbligo di sposare Caia " Supponiamo che Tizio non voglia ac=

cettare per non adempire l'obbligo; questo certamente non passerà agli altri che sottentrano nella sua quota.
Ma se il testatore abbia detto: "Istituisco eredi Tizio, Caio e Sempronio, però impongo l'obbligo a Tizio di farmi un monunumento sepplcrale sontuoso". In questo caso, sebbene dalla formula adoperata dal testatore risulti che l'obbligo deve gravare su Tizio solo e non sugli altri, pur nondimeno quest'obbligo passa anche a coloro che sottentrano nella quota di Tizio mancante.
Ciò è detto espressamente nell'art. 882.

---

## §121. Le sostituzioni.

Un'altra modalità delle disposizioni testamentarie è la sostituzione.
Si può fare una sostituzione testamentaria pura e semplice e si può farla con la sostituzione. Le sostituzioni nel diritto antico erano di tre specie: sostituzione diretta o volgare, sostituzione pupillare od esemplare e sostituzione fidecommissaria. Nel nostro diritto non resta che la sostituzione diretta o volgare, mentre la sostituzione pupillare ed esemplare furono abolite da gran tempo dal diritto consuetudinario francese, e le fidecommissarie furono condannate dal Codice Napoleonico e quindi dal diritto nostro.
Le sostituzioni dirette o volgari sono disposizioni condizionate alla caducità di un'altra disposizione testamentaria principale. Una persona istituisce erede o nomina legatario Tizio, ma prevedendo il caso

che l'erede o il legatario nominato non voglia o non possa accettare l'eredità o il legato, gli sostituisce un altro Caio. La sostituzione quindi è una disposizione condizionata all'inefficacia della disposizione principale; cosicchè solo in mancanza di Tizio, sarà chiamato Caio. La sostituzione pupillare era detta quella che il padre di famiglia faceva al figlio che istituiva erede, nella previsione che questi morisse nella minore età e quindi in istato di incapacità a far testamento. Tale sostituzione presupponeva la patria potestà quale era nel diritto romano, ma avendo questa perduto nel diritto moderno i suoi antichi caratteri, cessò anche la sostituzione pupillare, tanto più che questa riesce contraria al concetto del testamento, che importa disposizione delle proprie sostanze, non delle altrui, mentre con la sostituzione pupillare si disponeva non già di sostanze proprie, ma di sostanze altrui.

La sostituzione esemplare aveva la stessa natura della pupillare, perchè consisteva nella sostituzione fatta dal padre al figlio, nella previsione che questi morisse demente o furioso e quindi incapace di testare. Perciò, sebbene la legge non dica nulla, la sostituzione pupillare e l'esemplare, si intendono abolite, anche perchè esse includono una sostituzione fidecommissaria la quale è proibita dalla legge.

La sostituzione fidecommissaria si ha quando una persona istituisce un erede o nomina un legatario con

l'obbligo di conservare o di restituire l'eredità o il legato ad una terza persona.

Ora di queste tre specie di sostituzione non è permessa che la prima, cioè la sostituzione diretta o volgare.

---

§122. La sostituzione diretta.

Esaminiamo il concetto di questa sostituzione. Essa, abbiamo detto, non è altro che una disposizione condizionata all'efficacia di un'altra disposizione testamentaria. Quindi, anzitutto è una disposizione testamentaria e, come tale, deve trovarsi in un testamento. Se una persona ha fatto un testamento in cui ha detto: "Istituisco erede Tizio„ e poi in un altro che non ha la forma testamentaria dice: "Nel caso che Tizio nominato erede nel mio testamento non voglia o non possa accettare l'eredità, gli sostituisco Sempronio„ Questa sostituzione fatta in un atto che non ha la forma del testamento, non è valida.

Ancora pongasi il caso che Tizio abbia fatto il testamento quando aveva la capacità di testare e che poi sia divenuto incapace o perchè interdetto o perchè infermo di mente, e in questo stato fa un atto in cui dichiara di sostituire alla persona nominata nel primo testamento, un'altra.

Questa sostituzione è nulla, perchè fatta quando non si aveva la capacità di testare. In altri termini, tutti i requisiti che ricorrono per la validità delle disposizioni testamentarie in genere, occorrono

anche per la sostituzione, giacchè questa non è che una disposizione testamentaria, la quale perciò richiede come il testamento, la forma testamentaria, la capacità di testare e la capacità di ricevere nella persona indicata come sostituto dell'erede o del legatario.
Abbiamo detto poi che è una disposizione testamentaria condizionata: ma condizionata a che cosa?
Non sottoposta a qualsiasi condizione, ma alla speciale condizione che la disposizione fatta precedentemente, diventi caducata, cioè che il nominato legatario o l'istituto erede non voglia o non possa accettare l'eredità o il legato. Essendo poi la sostituzione una disposizione condizionata è, come tale sottoposta a tutte le regole che concernono le disposizioni condizionate.
La legge dice che la sostituzione può farsi prevedendo tanto l'ipotesi della non volontà di accettare quanto quella della non possibilità ad accettare: quindi il testatore può benissimo prevedere o l'una o l'altra ipotesi soltanto o tutte e due insieme.
Se il testatore usa una formula sintetica, comprensiva come nel caso in cui dica: "Istituisco erede Tizio o se Tizio non sarà erede gli sostituisco Caio", evidentemente questa sostituzione avrà efficacia tanto nel caso che Tizio non possa accettare quanto nel caso che non voglia; perchè la formula adoperata è comprensiva ed abbraccia tutti i possibili casi in cui Tizio non accetta.

Ma che avverrà se il testatore, facendo la sostituzione, abbia previsto un caso soltanto, cioè abbia detto: "Istituisco erede Tizio, ma se Tizio non voglia accettare, istituisco Caio" e di fatto poi accada che Tizio istituito erede premuoia al testatore?
Caio avrà o no diritto ad adire all'eredità? Oppure se il testatore abbia previsto l'ipotesi della incapacità dell'istituito e in tale previsione abbia chiamato erede un altro, dicendo: "Istituisco erede Tizio, ma se Tizio non potrà accettare perchè premorto o incapace, gli sostituisco Sempronio" ma accade che Tizio, pur essendo vivente e capace al tempo della morte del testatore, rinunzi; il sostituito Sempronio può adire l'eredità? Questa questione fu agitata presso gli antichi giureconsulti i quali, basandosi sulla probabile volontà del testatore, ritennero che il caso della impossibilità comprenda il caso della non volontà, e il caso della non volontà comprende il caso della impossibilità, cioè ritennero che quando il testatore avesse pensato solo al caso che l'istituito erede non volesse o al caso che non potesse accettare l'eredità o il legato, dovesse intendersi implicitamente compreso anche il caso non espresso.

E ciò per la ragione che se il testatore ha previsto un solo caso, l'ha previsto come il più verosimile, e non già che abbia inteso escludere l'altro. Questa regola, basata sull'interpretazione della volontà del testatore, è stata accolta dal nostro Codice.

L'art. 896 dice: "Se nella sostituzione è soltanto espresso uno dei due casi che primo chiamato non possa o che non voglia conseguire il legato o l'eredità, l'altro caso si intende tacitamente incluso purchè non consti della volontà contraria del testatore".

Naturalmente, trattandosi di regola di interpretazione, essa vale quando la volontà del testatore è dubbia; ma se il testatore abbia detto: "Istituisco erede Tizio e <u>soltanto</u> o <u>esclusivamente</u> nel caso che egli non voglia, oppure nel caso che non possa, gli sostituisco Sempronio, evidentemente qui l'un caso non comprende l'altro, ma l'esclude. Quali sono i casi di impossibilità ad accettare?

Sono tutti quelli in cui il diritto di successione non può nascere in favore del chiamato all'eredità o al legato e sono quelli stessi in cui ha luogo il diritto di accrescimento. Quindi anzitutto vi è il caso di premorienza del chiamato in primo luogo all'eredità o al legato; siccome la premorienza è un caso di impossibilità ad accettare, il sostituito avrà diritto all'eredità o al legato. Un altro caso di impossibilità di accettare è il caso della commorienza.

Il testatore è morto insieme col primo chiamato nello stesso disastro, poniamo quello di Messina; per legge si presume che siano morti insieme, in questo caso il sostituito avrà l'eredità o il legato perchè la commorienza è anch'esso un caso di impossibilità di acquistare il diritto successorio, essendo necessaria

a tale scopo la sopravvivenza al testatore.

Un altro caso di impossibilità è l'assenza. L'istituito in primo luogo è assente; ora la legge dice all'art. 43 che il diritto di successione dell'assente va a favore di chi sarebbe chiamato in luogo di lui; quindi il sostituito avrà diritto all'eredità o al legato. Un altro caso di impossibilità è l'incapacità a ricevere, incapacità che può essere totale o parziale, totale nel caso di indegnità come anche nel caso che il primo chiamato sia il notaio, un testimonio che prese parte alla confezione del testamento pubblico, lo scrittore della scheda testamentaria del testamento segreto, ecc; parziale, come nel caso del coniuge del binubo, o del figlio naturale.

In tutti questi casi l'incapacità del primo istituito gioverà al sostituito, in quanto il sostituito subentrerà in tutta la quota, se si tratta di incapacità totale, nell'eccedenza soltanto di ciò che può conseguire il chiamato in primo luogo, se si tratta di incapacità parziale. Ancora un altro caso di impossibilità è quello in cui l'istituito in primo grado sia chiamato sotto condizione sospensiva, se la condizione non si verifica o il chiamato muoia prima che si verifichi.

Se la condizione non si verifica, evidentemente c'è impossibilità ad acquistare il diritto successorio, e tale impossibilità che giova al sostituito: "Io istituisco erede Tizio si navis Asia venerit e gli sostituisco Caio" Se la nave non viene dall'Asia o perchè è

naufragata, o per altra ragione qualunque, la condizio=
ne non si può verificare, e quindi l'erede chiamato sot=
to questa condizione, non potendo accettare, potrà in=
vece accettare il sostituto Caio.

Così pure se alcuno sia chiamato sotto condizione so=
spensiva, ma sia morto prima che la condizione so=
spensiva si avveri. Se nell'esempio arrecato Tizio so=
pravvive al testatore ma muore prima che la nave
arrivi, siccome il diritto successorio non si trasmette
agli eredi dell'istituito sotto condizione, se questi muo=
re prima del verificarsi della condizione, evidentemen=
te chi in questo caso avrà diritto all'eredità, sarà il
sostituito Caio. Ecco in quali casi si avvera l'impos=
sibilità di accettare l'eredità o legato e si fa luogo al=
la sostituzione, mentre il caso della non volontà è u=
nico, e cioè il solo caso della rinunzia.

Se l'istituito rinunzia, il sostituito acquista i dirit=
ti del rinunziante. Ma che si dirà se l'istituito ere=
de non accetta nè rinunzia, ma si mantiene passivo,
avendo il diritto di accettare o rinunziare finchè non
decorrano trenta anni dall'apertura della successione?

Il sostituito dovrà aspettare il compimento di questo
termine? No, perchè l'art. 951 dispone che se l'erede non
accetta nè rinunzia, gli interessati possano chiamarlo
in giudizio, perchè il magistrato prefigga un termi=
ne entro il quale egli deve decidersi ad accettare o
rinunziare; trascorso questo termine senza che sia=
si fatta la dichiarazione, l'eredità si intende ripu=

ditata; e quest'articolo si può estendere al caso del legatario. Cosicchè il sostituito per assicurare il suo diritto, può chiamare l'instituito in giudizio perchè il magistrato gli ingiunga un termine: trascorso tale termine senza che l'istituito abbia accettato, siccome per legge colui che è chiamato e non si decide ad accettare si ha per rinunziante, così il sostituito potrà sottentrare nell'eredità o nel legato.

---

## §123. Le modalità della sostituzione.

La sostituzione diretta o volgare può avere luogo con alcune modalità.

1) A una persona istituita erede o nominata legatario si può sostituire un'altra soltanto, o si possono sostituire più persone, e queste stesse possono essere sostituite contemporaneamente o successivamente (come: "Istituisco erede A e gli sostituisco B, e se B non vorrà o non potrà, gli sostituisco C). Inoltre si può al sostituito sostituire altra persona (Istituisco A e gli sostituisco B; a B poi sostituisco C).

2) A più persone si può sostituire una sola persona.

3) Oppure si possono istituire più persone, sostituendo l'una all'altra reciprocamente. Tutte queste modalità sono permesse dalla legge. Ma alcune di queste forme di sostituzione dànno luogo a dei dubbi.

Così nel caso che a una persona siano sostituite più persone, non già simultaneamente, ma successivamente e con sostituzione graduale, che cosa avverrà?

"Io istituisco erede Tizio, se Tizio non sarà erede, gli sostituisco Mevio, se Mevio non sarà erede gli sostituisco Sempronio„ cosicchè Mevio è sostituito di Tizio, Sempronio è sostituito di Mevio.

Si domanda: Sempronio sostituto di Mevio è nel tempo stesso sostituito di Tizio? Perchè, poniamo il caso che Mevio sostituito di Tizio, premuoia al testatore e Tizio rinunzi all'eredità; Sempronio può pretendere di adire lui l'eredità invece di Tizio?

Da una parte parrebbe che non potesse perchè Sempronio è sostituito di Mevio, non già di Tizio; purnondimeno il diritto romano e il diritto comune seguiti in ciò dalla dottrina e dalla giurisprudenza moderna, ritennero che "*substitutus substituto est substitutus instituto* cioè che è il sostituito del sostituito è sostituito del primo chiamato.

Quindi nel caso esposto Sempronio potrà succedere al testatore, ancorchè mancante non sia quello a cui immediatamente fu sostituito. E tale interpretazione è giusta e conforme alla volontà del testatore; poichè se questi volle che i suoi beni in mancanza dell'istituito e del primo sostituito andassero al secondo sostituito, poco importa se il primo sostituito premuoia all'istituito, anzicchè questo a quello.

Inoltre in tutte le varie ipotesi menzionate di sostituzione può il testatore fare o no ai sostituiti assegnazione di parti. Se fu fatta assegnazione come

se, mentre all'unico istituito fu lasciato l'intero patrimonio, al sostituito, o ai vari sostituiti si lasci una quota determinata, non deve farsi altro che rispettare la volontà del testatore.

Invece se non fu fatta assegnazione di parti, bisogna distinguere varie ipotesi. 1° Se uno è l'istituito e uno il sostituito, a questo spetterà quanto sarebbe spettato al primo. 2° Ove più siano gli istituiti e uno solo il sostituito, questi avrà l'intero, se tutti siano mancanti; ma, se sia mancato uno solo, e tranne che debba aver luogo l'accrescimento in favore dei rimanenti, prenderà la sola quota del mancante. 3° Se ad un solo istituito siano sostituiti più, ciascuno prenderà la porzione virile dell'intero patrimonio o della quota che sarebbe spettata all'istituito. 4° Se vi è sostituzione reciproca bisogna distinguere se i vari eredi sono chiamati in parti uguali o in parti disuguali.

Se in parti uguali, non nasce difficoltà; la quota del mancante si ripartisce egualmente tra tutti gli altri. Ma che avverrà se la chiamata è fatta in parti disuguali? "Istituisco erede Tizio in $\frac{1}{6}$, Caio in $\frac{2}{6}$, Sempronio in $\frac{3}{6}$. Se manca uno di questi, la quota del mancante come si dividerà tra i sostituiti, in parti eguali o in parti disuguali?

Nel diritto comune si ritenne che si dovesse intendere riprodotta nella sostituzione la stessa ripartizione fatta nell'istituzione; cioè si dovesse presumere

che il testatore, sostituendo reciprocamente più per=sone chiamate, avesse inteso mantenere nella sostitu=zione la stessa disuguaglianza; e questa opinione fu accolta dal nostro codice.
Cosicchè nell'esempio fatto, supponiamo che muoia Tizio istituito per $\frac{1}{6}$ e sopravvivano Caio e Sempro=nio, il primo istituito per $\frac{2}{6}$, il 2° per $\frac{3}{6}$; la por=zione di Tizio si dividerà in modo da assegnare a Caio due parti e a Sempronio tre parti, perchè co=sì si mantiene la proporzione istituita nella istitu=zione. Ma che cosa avverrà se nella sostituzione si aggiunga una persona estranea che non è stata nominata nella disposizione principale.
"Istituisco eredi Tizio, Caio e Sempronio, il 1° per $\frac{1}{6}$, il secondo per $\frac{2}{6}$, il terzo per $\frac{3}{6}$ e li sostituisco reci=procamente insieme con Antonio"
Supponiamo che Tizio muoia. Come deve ripartir=si la sua quota? Deve ripartirsi nella stessa pro=porzione fissata nella disposizione principale? No, perchè qui abbiamo che nella sostituzione c'è una persona estranea che non è contemplata nella dispo=sizione principale; e quindi l'assegnazione della quo=ta del mancante nella stessa proporzione stabilita nella disposizione principale, non potrebbe farsi.
Solo potrebbe darsi all'estraneo la quota virile, men=tre ai sostituiti dovrebbero assegnarsi delle parti pro=porzionate alle loro quote.
Ma, così facendo si verrebbe a violare la volontà

del testatore; perchè quando il testatore chiama nella sostituzione una persona estranea, non chiamata nella disposizione principale, dimostra che egli ha per questa persona una affezione minore che per quelle chiamate anche nella disposizione principale, perchè se egli avesse amato ugualmente agli istituiti, quello nominato nella sola sostituzione, lo avrebbe chiamato anche nella disposizione principale.

Ora se il testatore ha dimostrato di avere minore affetto per il sostituito estraneo, dare a questo una quota virile e non darla agli altri, è un fatto non conciliabile con la volontà del testatore che ha inteso invece favorire con preferenza questi altri. Perciò l'art. 898 dispone: "Se tra più coeredi o legatari a parti disuguali, è ordinata una sostituzione reciproca, la proporzione fissata nella prima quota, si presume ripetuta anche nella sostituzione. Se poi nella sostituzione, insieme coi primi nominati è chiamata un'altra persona, la porzione mancante appartiene in parti eguali a tutti i sostituiti,,

Questo avviene nella sostituzione reciproca. A tal proposito bisogna, per bene rilevare la natura della sostituzione reciproca, metterla in confronto con la congiunzione di più eredi o legatari che dà luogo al diritto di accrescimento.

A prima vista parrebbe che la sostituzione reciproca equivalga alla vocazione congiuntiva di più

eredi o legatari. Perchè, quando manca un sostitui=
to reciprocamente, la quota del mancante va a fa=
vore di tutti gli altri sostituiti, come appunto av=
viene nella congiunzione re et verbis e nella con=
giunzione re tantum: però, ciò nonostante, vi è
questa differenza notevolissima, ed è che quando
c'è la congiunzione, la quota del mancante si ac=
cresce ipso iure ai coeredi o collegatari congiunta=
mente chiamati; invece, quando c'è sostituzione
reciproca, la quota del mancante non si accresce ip=
so iure ai sostituiti; il sostituito può anche rinun=
ziare alla quota del mancante, perchè in favore
del sostituito reciprocamente bisogna che vi siano
due vocazioni distinte: laddove la rinunzia è im=
possibile per i chiamati congiuntamente re et ver=
bis o re tantum, giacchè essi sono chiamati
con unica disposizione, e fin dal primo momen=
to a tutta la cosa in solido; onde la loro accetta=
zione è un'accettazione potenziale dell'intera cosa,
di modo che quando avviene l'accrescimento, non
possono rinunziarvi, perchè rinunziando contraddi=
rebbero all'accettazione fatta.
Un'altra differenza tra la sostituzione reciproca e la
congiunzione re et verbis o re tantum, è questa che la
sostituzione reciproca è sempre una disposizione condi=
zionale; onde se uno dei sostituiti reciprocamente
muore prima che si avveri la mancanza di uno de=
gli istituiti, il suo diritto di essere sostituito nella quo=

ta del mancante, non si trasmette agli eredi, perchè non si trasmette agli eredi la liberalità testamentaria condizionata.

Quindi supponiamo questo caso: Tizio, Caio e Sempronio sono sostituiti reciprocamente e tutti e tre sopravvivono al testatore; Tizio non ha ancora accettato e c'è la possibilità che rinunzi; prima che Tizio rinunzi muore Caio; gli eredi di Caio hanno forse il diritto di accettare in sua vece quando Tizio posteriormente rinunzia? No, perchè fin tanto che Tizio non ebbe rinunziato, il diritto di Caio ad essere sostituito era un diritto condizionato, cioè sottoposto alla condizione se Tizio non vorrà accettare; quindi essendo egli morto prima che si verificasse tale condizione non ha trasmesso il diritto agli eredi.

Invece io chiamo eredi congiuntamente re et verbis, Tizio, Caio e Sempronio: ove tutti e tre sopravvivono al testatore, e Tizio rimane passivo, mentre Caio e Sempronio accettano, anche se Caio o Sempronio muoia prima che Tizio si decida a rinunziare, la quota di Tizio rinunziante non si accresce solo all'altro congiunto che è ancora vivo, ma si accresce anche agli eredi del congiunto che è morto; perchè il diritto di accrescimento è un ius non decrescendi, un diritto che si intende potenzialmente acquistato fin dal momento dell'accettazione.

Ecco dunque che, sebbene apparentemente, la sostituzione reciproca e la congiunzione re et verbis si

confondano, pure vi sono tra loro delle differenze.

---

§ 121. Effetti e cessazione della sostituzione.
Quando la sostituzione si verifica, il sostituto sottentra come nei diritti così negli obblighi dell'istituito.
Quindi tutti gli obblighi ed oneri imposti al primo chiamato passano al sostituito, cioè avviene lo stesso effetto del diritto di accrescimento, tranne che la condizione o l'obbligo imposto al primo chiamato sia per volere del testatore o per la natura dell'obbligo stesso di indole personale.
Perciò è necessario vedere se le condizioni o gli oneri imposti all'istituito siano condizioni ed oneri che si possono adempire da chiunque, nel qual caso passano al sostituito; invece se il testatore volle che soltanto l'istituito adempisse quella condizione, o se la condizione è tale che non possa essere compiuta da chiunque, il sostituito non sottentra negli obblighi e negli oneri del primo chiamato.
L'art. 897 dice: "I sostituiti devono adempire i pesi imposti a coloro i quali sono sostituiti, purchè non apparisca la volontà del testatore di limitare quei pesi alla persona dei primi chiamati.
Nondimeno le condizioni che riguardano specialmente la persona dell'erede o legatario non si presumono ripetute a riguardo del sostituito, se ciò non è stato espressamente dichiarato".

La sostituzione può venir meno in certi casi.
La sostituzione vien meno anzitutto quando il chiamato in primo grado accetta, poichè la sostituzione non è altro che una disposizione condizionata all'inefficacia della disposizione principale: quando il primo chiamato accetta la condizione a cui è sottoposta la sostituzione svanisce, e quindi svanisce anche la sostituzione.

Può mancare la sostituzione per ragioni che riguardano il sostituito; se il sostituito rinunzia all'eredità, non c'è sostituzione se il sostituito è anch'egli un incapace o assente, o è premorto (o commorto) al testatore, allora la sostituzione svanisce. Insomma la sostituzione non ha efficacia in quegli stessi casi in cui non ha efficacia qualsiasi disposizione testamentaria.

---

## §125. La sostituzione fidecommissaria: requisiti.

Importanza maggiore presenta la sostituzione fidecommissaria o fidecommesso. Nel diritto romano il fidecommesso non era altro che la *fiducia* del diritto moderno, di cui ci siamo occupati: per favorire un incapace, si lasciava l'eredità o il legato ad una persona capace con l'incarico di trasmettere l'emolumento dell'eredità o del legato all'incapace. Questo incarico in antico produceva

obbligo semplicemente morale; soltanto al tempo di Augusto produsse effetti giuridici. La vera e propria sostituzione fidecommissaria pare che sia nata col diritto bizantino; ad ogni modo nel diritto medioevale la sostituzione fidecommissaria fu concepita come una disposizione a doppio grado, da avere efficacia in favore, non già di una sola persona, come era il fidecommesso romano, ma di due o più persone successivamente.

Dunque il concetto del fidecommesso è questo: duplice disposizione cioè della stessa eredità o della stessa cosa in favore di persone diverse chiamate a goderne successivamente. Quale è stato il trattamento che ha fatto la nostra legge alla sostituzione fidecommissaria? Il Codice francese dichiarò nulla tanto la sostituzione quanto la disposizione; cioè tutta intera la disposizione con la modalità della sostituzione, è nulla. "Io istituisco erede Caio con l'obbligo di conservare e restituire l'eredità a Sempronio,"

Per il codice francese tutta questa disposizione è nulla, quindi non solo non sarà erede Sempronio, ma non sarà nemmeno Tizio il gravato del fidecommesso o fiduciario come si chiamava nel medio evo.

Il nostro codice invece ha seguito diverso criterio; quella che è nulla non è la disposizione principale, ma soltanto la sostituzione. Quando io dico: "Istituisco erede Tizio con l'obbligo di conservare e

restituire l'eredità a Caio" Chi non potrà essere erede sarà Caio chiamato in secondo luogo, non già Tizio chiamato in primo luogo.
Tale soluzione data dalla legge nostra non è confor= me alla volontà del testatore nè ai principi generali.
Quando il testatore dice: "Istituisco erede Tizio con l'obbligo di conservare e restituire l'eredità a Sem= pronio" egli ha voluto che il primo chiamato fosse u= na specie di usufruttuario e che il vero proprietario fos= se il secondo o l'ultimo chiamato al quale lascia pie= na libertà di disporre; quindi l'intenzione di bene= ficare del testatore è rivolta principalmente al secon= do chiamato e non al primo.
La soluzione della legge non è conforme ai principii generali perchè la sostituzione fidecommissaria for= ma un tutto unico: la disposizione principale è connessa alla disposizione secondaria, di modo che il testatore vuole dare a Caio con l'obbligo di da= re a Sempronio, perchè se pensasse che quest'obbligo non può essere mantenuto, egli non darebbe nien= te a Caio.
La legge però ha seguito una via intermedia tra il sistema antico della validità della sostituzione fi= decommissaria e il sistema del codice francese della assoluta nullità; e cioè la disposizione fidecommis= saria è valida parzialmente in quando che la pri= ma chiamata è valida, tutte le altre sono nulle.
Vediamo quali sono state le ragioni per cui il no=

stro legislatore ha proibita la sostituzione fidecommissaria, e l'ha proibita così rigorosamente da non ammettere nessuna eccezione, nemmeno in quei casi riconosciuti dal codice francese, come il caso che la sostituzione sia fatta in favore dei figli dei figli o dei figli dei fratelli.

Il nostro codice non ammette nessuna eccezione, anzitutto per un rispetto esagerato della libertà; il fidecommesso importa limitazione alla libertà di disporre nel primo chiamato; quindi perchè la libertà di disporre non venisse limitata, la legge ha proibito il fidecommesso. Un'altra ragione è la paura anch'essa esagerata della mano morta, in quanto che il fidecommesso impedirebbe la circolazione dei beni che rimarrebbero nella stessa famiglia. Un'altra ragione è che la legge vuole che ciascuno debba testare sulle cose proprie; invece quando alcuno fa un fidecommesso, viene a disporre di cose che appunto per la stessa disposizione sono uscite dal suo patrimonio ed entrate in quello altrui.

Tutte queste ragioni sono ben valide per negare la libertà assoluta del fidecommesso, ma non per escludere anche un fidecommesso limitato, perchè, come gli stessi sociologi confessano, il fidecommesso molte volte è utile; il principio dell'assoluta libertà di disporre nell'erede, importa conseguenze gravose agli interessi delle famiglie; perchè dalla fra=

rionabilità dei beni, dall'assoluta libertà di disporre, deriva che spesso le famiglie si vedano ben presto ridotte nella miseria: invece col fidecommesso si potrebbero conservare nella famiglia alcuni beni necessari all'esercizio di una industria o dell'agricoltura.

Perciò le legislazioni moderne più progredite, come la germanica e la svizzera hanno ritenuto valido il fidecommesso entro certi limiti; perchè se illimitato è un abuso, limitato può riuscire utile, anzi risponde ad un sentimento umano, qual'è quello di conservare i beni nell'interesse della famiglia. Tanto è vero questo che il nostro codice ammette una specie di fidecommesso larvato, cioè la possibilità di istituire erede anche una persona non nata nè concepita al tempo della morte del testatore, purchè sia figlio immediato di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore.

Ciò premesso, vediamo quali sono i caratteri del fidecommesso. È necessario questo esame, e bisogna farlo attentamente perchè i testatori generalmente si ingegnano di nascondere sotto forme larvate il fidecom: per la qual cosa il giurista deve acuire il suo ingegno per scoprire se esiste o no il fidecommesso, onde pronunziarsi sulla validità o no della disposizione.

Secondo la dottrina dominante, i caratteri della disposizione fidecommissaria sono tre: doppia disposizione, ordine successorio, obbligo di conservare o di

restituire. Il codice non parla che di un solo di questi caratteri, cioè dell'obbligo di conservare e di restituire; infatti l'art. 899 dice: "Qualunque disposizione colla quale l'erede o legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare o restituire ad una terza persona, è sostituzione fidecommissaria. Tale sostituzione è vietata"

Il Codice parla solo dell'obbligo di conservare e di restituire, ma gli altri caratteri sono connessi a questo; anzi l'obbligo di conservare e di restituire presuppone l'esistenza di quegli altri requisiti, cioè la doppia disposizione. Esaminiamo il primo requisito, cioè la doppia disposizione. Che vuol dire doppia disposizione?

Vuol dire questo: che il testatore dispone due volte della stessa cosa in favore di persone diverse e per tempi diversi. Quindi non c'è sostituzione fidecommissaria quando c'è istituzione condizionata.

"Istituisco erede Tizio se la nave verrà dall'Asia." Se la nave non verrà dall'Asia, accadrà che, anche se il testatore non abbia detto niente, saranno eredi gli eredi legittimi; però in questo caso non si può ravvisare una doppia disposizione, perchè in qualunque ipotesi o sarà erede l'erede testamentario, o saranno eredi gli eredi legittimi.

Ancora non c'è doppia disposizione quando si faccia una sostituzione volgare: "Istituisco erede Tizio, e se Tizio non sarà erede, gli sostituisco Caio" perchè o l'uno o l'altro dovrà essere il solo erede. Inoltre si deve di=

sporre due volte della stessa cosa o dello stesso diritto. Se io ad una persona lascio la proprietà e ad un'altra l'usufrutto della stessa cosa, qui vi hanno due distinte disposizioni e in favore di persone diverse; ma poichè hanno per oggetto non la stessa cosa, bensì diritti differenti, non c'è la doppia disposizione caratteristica del fidecommesso.

Ancora è necessario che la doppia disposizione della stessa cosa in favore di persone diverse, sia fatta per tempi diversi; se io dico: "Lascio la mia eredità in favore di Tizio e di Caio" qui ci sono due disposizioni della stessa cosa, però non c'è sostituzione fidecommissaria, perchè Tizio e Caio debbono godere contemporaneamente della stessa cosa e quindi dividersi la eredità o il legato.

Invece se dico: "Lascio la proprietà del fondo a Tizio e, dopo morto Tizio, a Sempronio e, morto Sempronio a Mevio" qui c'è sostituzione fidecommissaria. Cosicchè, quando noi abbiamo doppia disposizione della stessa cosa in favore di persone diverse per tempi diversi, c'è sostituzione fidecommissaria.

Non basta che la doppia disposizione sia fatta a favore di persone diverse per tempi diversi, ma è necessario ancora che ci sia il così detto ordine successivo o successorio; cioè che il secondo erede o legatario deve essere chiamato alla morte del primo. In altre parole, l'erede fidecommissario deve essere un successore indiretto del testatore e un successore diretto del

primo chiamato: deve avvenire il trapasso del diritto dal testatore al primo chiamato, dal primo chiamato al secondo, dal secondo al terzo, ecc. il che si dice ordine successorio.

Quindi se alcuno istituisce Tizio e Sempronio con questa modalità, che Tizio sia erede fino a che non arrivi a 50 anni, e che Sempronio sia erede dal momento che Tizio ha raggiunto i 50 anni, non fa una sostituzione fidecommissaria secondo la dottrina dominante, perchè qui abbiamo una istituzione di erede a termine finale per uno, a termine iniziale per l'altro; e noi abbiamo visto che in simili disposizioni a termine, tutti e due gli eredi sono chiamati validamente, perchè cancellando il termine iniziale e il finale, abbiamo una disposizione pura e semplice, come se il testatore avesse detto: "Chiamo erede Tizio, e chiamo erede Sempronio" Però si noti che questo requisito dell'ordine successorio è da molti autori, fra cui il Gabba, negato. Dicono essi: Perchè aggiungere qualche cosa alla legge? La legge dice che c'è sostituzione fidecommissaria ogniqualvolta c'è l'obbligo di conservare e di restituire.

Dunque se io dico: "Lascio la mia eredità a Sempronio con l'obbligo che egli deve goderne fino all'età di 50 anni, raggiunta la quale, egli deve restituirla a Mevio" evidentemente c'è sostituzione fidecommissaria, quindi non si può richiedere neces=

sariamente che il secondo chiamato venga ad acqui=
stare l'eredità alla morte del primo chiamato.

Ma noi rispondiamo che questo requisito dell'or=
dine successorio è necessario, e si desume anzitut=
to dalla storia: Nella dottrina del diritto comune
è opinione dominante esser necessario il requisito
dell'ordine successorio fra le varie persone chia=
mate, e il legislatore francese non credette dover
espressamente indicare questo requisito appunto per=
chè reputò ~~appunto perchè reputò~~ superfluo discor=
rerne, data la opinione comune.

Ma oltre questo argomento storico, c'è un argomen=
to derivante dal codice stesso. Se volessimo ammette=
re per un momento che non occorre il requisito del=
l'ordine successorio per avere il fidecommesso, avrem=
mo da una parte una superfluità nella legge, dal=
l'altra una contradizione. Una superfluità quan=
do la legge dice che le disposizioni a titolo universa=
le non possono essere fatte a termine; una contra=
dizione quando la legge ammette che le disposi=
zioni a titolo particolare possono essere fatte a ter=
mine.

E di vero, se la legge dice che le disposizioni a tito=
lo universale non possono essere fatte a termine e
d'altra parte l'ordine successorio non fosse un re=
quisito per la sostituzione fidecommissaria, che ne=
cessità c'era di proibire le istituzioni di erede a
termine se ogni istituzione di erede a termine in=

porta sostituzione fidecommissaria proibita?
Evidentemente era superflua l'una o l'altra proibizione. Ci sarebbe poi contradizione tra il divieto del fidecommesso e il permesso di legati a termine. Infatti per legge è permesso dire: "Lascio il fondo Tusculano a Caio fin quando raggiungerà 50 anni di età; dopo sarà legatario Sempronio" cioè è permessa la apposizione del termine finale per un legatario della stessa cosa.

Ora, se non si richiedesse l'ordine successorio per la sostituzione fidecommissaria, in questo caso il legato a termine finale, per il primo chiamato, iniziale per il secondo, sarebbe un fidecommesso; quindi, mentre per l'articolo che permette i legati a termine, questa disposizione sarebbe valida interamente, invece per l'altro articolo che proibisce il fidecommesso anche per i legati, questa disposizione sarebbe nulla pel secondo chiamato. Se le contradizioni nella legge non si possono ammettere, è evidente che per avere sostituzione fidecommissaria, si richieda un altro requisito, cioè l'ordine successorio.
Ogni sostituzione fidecommissaria, certo importa un termine: onde, mentre la sostituzione volgare è una sostituzione sotto condizione, la sostituzione fidecommissaria è una istituzione a termine finale per l'istituito, iniziale per il sostituito: ma il termine non è un termine qualsiasi, bensì quello della morte del primo chiamato.

Invece se vi è altro termine, bisogna applicare principî diversi, secondo che si tratta di istituzione di erede o di legato: dunque l'ordine successorio è un requisito necessario per aversi fidecommesso ancorchè la legge non lo dica espressamente.

Finalmente è necessario che vi sia l'obbligo di conservare e restituire.

Con qualunque espressione il testatore abbia imposto l'obbligo di conservare e di restituire, c'è fidecommesso: c'è l'obbligo di conservare e di restituire quando il primo chiamato non deve poter disporre liberamente dei beni, e di più deve aver l'obbligo di restituirli ad un altro. Cosicchè, se vi è solo l'obbligo di conservare, questo non importa fidecommesso, ma importa la condizione de non alienando; se ci è solo l'obbligo di restituire i beni con facoltà di disporne, si ha un'altra figura molto dubbia, ma che non è vero fidecommesso; quindi occorrono entrambi gli obblighi, quello di conservare e l'altro di restituire a un altra persona.

---

## §126. *Questioni relative al fidecommesso. Lascito di usufrutto e fidecommesso.*

Dopo avere esposto quali sono i caratteri del fidecommesso in generale, passiamo ad esaminare le varie questioni che sorgono nei casi pratici intorno all'esi-

stenza o no del fidecommesso, perchè, come dicemmo, i testatori usano spesse volte delle formule ingegnose con le quali nascondono il fidecommesso.
Su questo riguardo bisogna seguire un criterio di interpretazione diverso da quello seguito dagli antichi autori i quali osservavano la regola che nel dubbio, bisognasse ammettere il fidecommesso, e ciò perchè nelle legislazioni antiche, essendo lecito il fidecommesso, nel dubbio era giusto applicare il principio "*voluntates testantium plenius interpretandae*" cioè bisogna interpretare interamente la volontà del testatore.
Invece, nel diritto nostro, essendo il fidecommesso proibito, bisogna applicare una regola contraria, cioè che il dubbio, se una disposizione implichi o no il fidecommesso, deve risolversi negativamente, ritenendo che il fidecommesso non ci sia, e ciò in base ad un altro criterio generale interpretativo della volontà, cioè che le disposizione debbono interpretarsi *potius ut valeant quam ut pereant*
Premesso questo concetto generale, esaminiamo anzitutto il caso in cui l'usufrutto sia lasciato a una persona, ed a un'altra sia lasciata la proprietà, e che l'usufrutto debba consolidarsi con la proprietà a questa persona quando la prima sarà morta.
C'è fidecommesso o no? Noi abbiamo detto avanti che per aversi fidecommesso ci vuole la doppia

disposizione, cioè bisogna disporre della stessa cosa a favore di persone diverse; quando c'è usufrutto da una parte e proprietà dall'altra, c'è doppia disposizione sì, ma non sulla stessa cosa, bensì su due cose diverse; perchè altro è la proprietà, altro è l'usufrutto, quindi non c'è dubbio che, essendovi usufrutto da una parte e proprietà dall'altra, non c'è fidecommesso.

Questo astrattamente è giusto, ma praticamente può incontrare che il lascito dell'usufrutto ad una persona e della proprietà ad un'altra, maschere il fidecommesso. Perchè, in sostanza, che cosa è l'erede gravato del fidecommesso?

Non è altro che una specie di usufruttuario: posto per un momento che il fidecommesso fosse lecito, l'erede gravato del fidecommesso, si troverebbe in una condizione giuridica analoga a quella dell'usufruttuario, in quanto che egli non potendo alienare, ma dovendo conservare per restituire ad un'altra persona, può godere della cosa durante la sua vita, ma non disporne, perchè il diritto di proprietà deve essere conservato per l'erede chiamato in sostituzione; quindi in pratica la condizione giuridica dell'erede gravato del fidecommesso, poco differisce dall'usufruttuario; onde la disposizione in cui si lascia di una cosa la proprietà ad una persona e l'usufrutto ad un'altra, può mascherare il fidecommesso.

Ciò posto, per decidere se vi sia o no fidecommesso, è bene esaminare le varie circostanze di fatto: perchè è vero che l'erede gravato di fidecommesso, non è che una specie di usufruttuario, ma è pur vero che si differisce dall'usufruttuario in senso proprio in ciò che questi non ha altro che il diritto di godere della cosa con l'obbligo di conservarne la sostanza, e non può alterarne la forma neppure allo scopo di migliorare la cosa; invece l'erede fidecommissario, sebbene obbligato a conservare e a restituire la cosa, pure, fin tanto che ne è in possesso, è un vero proprietario, e come tale avrà diritto a fare dei miglioramenti, anche mutando la forma e la destinazione della cosa.

Inoltre, pel diritto antico che ammetteva la possibilità del fidecommesso, l'erede gravato di fidecommesso poteva pagare i debiti ereditari, vendendo anche all'occorrenza i mobili ereditari; ed anche aveva diritto di non render conto delle cose mobili che consumava con l'uso; aveva perciò un certo diritto di proprietà sebbene limitato; quindi non si può dire che in tutto e per tutto l'usufruttuario fosse equiparato all'erede gravato di fidecommesso.

Sicchè per vedere se una disposizione tratta di erede gravato del fidecommesso o di usufruttuario puro e semplice, bisogna badare se il diritto sia limitato o no al semplice godimento.

Se è limitato al godimento, allora si tratta di u-

ritto di usufrutto; ma se, poniamo, il testatore ha concesso dei diritti che non sono compatibili con l'usufrutto, ma solo col diritto di proprietà, come nel caso che avesse concesso il diritto di alienare qualche cosa, o di impedire al nudo proprietario ogni vigilanza sull'andamento dell'amministrazione e sul modo di godere, in questi casi si deve ravvisare un vero e proprio fidecommesso.

Perciò è all'insieme delle circostanze che bisogna por mente per decidere se vi sia usufrutto oppure vi sia fidecommesso larvato sotto le forme dell'usufrutto.

---

## §127. Disposizione sotto condizione (specie risolutiva) e fidecommesso.

Un altro caso in cui può nascondersi il fidecommesso, è quello in cui si abbia doppia disposizione, una delle quali sia sotto condizione sospensiva.

"Istituisco erede Tizio se compirà questo fatto, se non lo compirà gli sostituisco Caio". Qui abbiamo un fidecommesso, oppure no? Evidentemente, quando vi è una disposizione sotto condizione sospensiva che riguarda il primo chiamato, non c'è fidecommesso; perchè una delle due, o si verifica la condizione e solo il primo chiamato ha diritto all'eredità o al legato, o la condizione non si verifica, e solo il secondo ha diritto all'eredità o

al legato; quindi manca la doppia disposizione, manca l'obbligo di conservare e di restituire.
Ciò si noti, ancorchè la condizione sospensiva sia un fatto che debba avverarsi alla morte del primo chiamato, perchè si ha sempre lo stesso effetto. Così se io dico: "Istituisco erede Tizio se morrà con figli, in caso contrario chiamo Caio" c'è forse doppia disposizione? No, perchè sebbene il fatto posto in condizione sia un fatto che debba avverarsi necessariamente alla morte del primo chiamato; pure vi è sempre una condizione sospensiva, verificandosi la quale il primo chiamato si considera erede, non verificandosi il secondo chiamato si considererà essere stato erede fin dal primo momento, onde non si può dire che uno è stato erede una volta e poi ha cessato di essere, e in suo luogo è succeduto l'altro.

Ma se ciò è vero, quando la condizione sospensiva riguarda il primo chiamato, non è egualmente vero se la condizione sospensiva riguarda il diritto del secondo chiamato. "Istituisco erede Tizio, ma se Tizio morrà senza figli, sia erede Caio" La condizione se Tizio morrà senza figli, non sospende l'efficacia della disposizione in favore di Tizio, ma quella in favore di Caio; ora, che dovrebbe avvenire in questo caso?
Tizio dovrebbe essere erede fino al tempo della sua morte; in questo tempo, se si verifica la condizio=

ne, sarà erede Caio, se non si verifica, non sarà erede. Cosicchè può accadere che, verificandosi la condizione, dopo di essere stato erede Tizio per tutta la sua vita, possa divenire erede Caio, il che è contro la legge.

E che la condizione sospensiva apposta alla seconda chiamata importi fidecommesso, si rileva da ciò che in qualunque caso di fidecommesso il diritto del secondo chiamato è sempre sottoposto alla condizione sospensiva implicita della sua sopravvivenza al primo chiamato: quindi per la sua stessa natura il diritto del secondo chiamato per fidecommesso è un diritto sottoposto a condizione sospensiva. A tanto maggiore ragione dunque se, oltre questa condizione sospensiva implicita o tacita, si aggiunga una condizione sospensiva esplicita, c'è fidecommesso.

Un altro caso dubbio è quando c'è una condizione risolutiva. Noi già abbiamo detto che la condizione risolutiva può apporsi anche alle disposizioni testamentarie a titolo universale, contrariamente all'opinione di alcuni i quali negano tale apponibilità. Ma evidentemente, se la condizione risolutiva per sè stessa non importa fidecommesso, può in alcune circostanze importarlo.

Se io dico: "Istituisco erede Tizio, ma, se egli non si ammoglierà, se egli non avrà figli, voglio che

decada dall'eredità e sia erede Sempronio„ evidentemente qui non c'è fidecommesso; perchè, data l'efficacia retroattiva della condizione risolutiva, la persona chiamata sotto condizione risolutiva, quando si verifica la condizione, si ha come non mai chiamata: quindi succede il sostituito fin dal primo momento, non già dopo la morte del primo chiamato, non dopo che il primo chiamato abbia goduto della eredità o del legato.

Quindi la condizione risolutiva, data la sua natura non importa fidecommesso. Questo in astratto; però in certi casi la condizione risolutiva può importare il fidecommesso. Quando? Non si possono dare dei criteri a priori, ma bisogna tener conto delle circostanze di fatto; una circostanza di fatto necessaria perchè la condizione risolutiva importi fidecommesso mascherato, è che essa consista in un fatto che deve coincidere necessariamente con la morte del primo chiamato.

Se il testatore pone come condizione risolutiva un fatto che può avverarsi durante la vita del primo chiamato, non si ha fidecommesso; ma se il fatto è tale che per sua natura non può avverarsi, se non al momento della morte del primo chiamato, allora questo fatto ci deve mettere in sospetto: perchè, che cosa avviene quando la condizione risolutiva si avvera alla morte del primo chiamato? Che costui gode durante tutta la sua vita dell'eredità o del

legato, e solo al momento della morte finisce di godere e comincia a goderne un altro.

Ma il semplice fatto della coincidenza dell'avverarsi della condizione col tempo della morte del primo chiamato, non è sempre per sè solo un indizio sicuro ed assoluto.

Questa coincidenza può essere un elemento di fatto, il quale, insieme ad altre circostanze ci può convincere che c'è sostituzione fidecommissaria. Infatti supponiamo che si tratti di una condizione risolutiva, sia pure che si avveri al tempo della morte del primo chiamato; data l'efficacia retroattiva della condizione risolutiva che distrugge tutto il passato, poco importa che si avveri al tempo della morte del primo chiamato o durante la sua vita, si avrà sempre unico erede, unico legatario, cioè colui che è stato sostituito. Ma se, poniamo, oltre alla coincidenza del fatto posto in condizione colla morte del primo chiamato, si incontrano altre circostanze come se il testatore abbia dispensato l'erede sotto condizione risolutiva di rendere conto dei frutti quando si avvera la condizione, in questo caso abbiamo fidecommesso.

Così se io dico: "Istituisco erede Tizio, ma se morrà senza figli o se morrà celibe, l'eredità si ha come a lui non devoluta e passerà a Sempronio; però dispenso gli eredi di Tizio di render conto dei frutti percepiti dal loro autore durante la sua vita" in questo caso dispen=

go in modo che Tizio goda dell'eredità durante tutta la sua vita come se godrebbe appunto un erede gravato del f. 'ecommesso. La condizione risolutiva solita ad apportarsi è quella: "si sine liberis decesserit" Se il fatto di morire senza figli è posto come condizione sospensiva, non c'è fidecommesso: "Io chiamo erede Tizio se morrà senza figli, nel caso che muoia con figli chiamo Caio" qui la condizione se morrà senza figli, essendo posta come sospensiva, fintanto che Tizio non avrà figli, egli non acquisterà il diritto all'eredità: onde se la condizione si avvera, se egli cioè muore con figli, si avrà come erede fin dal primo momento; se invece muore senza figli si avrà come non mai chiamato, e l'eredità andrà andrà a Caio.

Invece, se questa stessa condizione si appone non come condizione sospensiva, ma come risolutiva dell'eredità o del legato, allora essa può benissimo importare fidecommesso. Se io dico: "Istituisco erede Tizio, ma se egli morrà senza figli decadrà dall'eredità, la quale andrà a favore di Caio."

In questo caso, c'è fidecommesso? Grave questione c'è fra gli autori: alcuni hanno detto che non si può ammettere che vi sia fidecommesso, perchè uno degli elementi che fanno ravvisare un fidecommesso mascherato, è che il fatto posto come condizione, sia tale da doversi necessariamente avverare al caso della morte del primo chiamato. Ora il fatto di non aver figli può verificarsi prima della morte: benissimo una

persona prima di morire, sia per gli anni, sia perchè impotente, può trovarsi in tale stato di non potere avere figli; quindi, anche prima della morte di lui, si potrà avere la certezza che non avrà figli.

Ora, non essendo quella condizione un fatto che si verifica necessariamente al tempo della morte, manca l'elemento necessario per potervi vedere il fidecommesso. Ma altri hanno osservato: se anche prima della morte si può sapere che una persona non avrà dei figli, pur non di meno il testatore si riferì solo al tempo della morte, perchè non disse: "Istituisco erede Tizio, ma se non avrà figli istituisco Caio" perchè in questo caso, il fatto posto come condizione risolutiva, non coincide necessariamente col tempo della morte, ma ha detto: "Istituisco erede Tizio e *se morrà senza figli*, l'eredità andrà a Caio" cioè il testatore si è riferito al tempo della morte e ha contemplato questo momento come quello in cui la condizione deve necessariamente avverarsi: perciò si trova un elemento per argomentare l'esistenza del fidecommesso; ora, se a questo elemento se ne aggiungono degli altri, la clausola: si sine liberi decesserit posta come condizione risolutiva, importerà fidecommesso. E la giurisprudenza può dirsi costante in questo senso.

---

## §128. La clausola de non alienando, e il fidecommesso.

Un altro caso in cui si può discutere se ci sia o no fidecommesso è quando sia apposta la condizione de non alienando. Il testatore dice: "Istituisco erede Tizio con la condizione di non alienare„ La condizione di non alienare come condizione risolutiva importa o no fidecommesso?

A prima vista parrebbe di sì, perchè se il fidecommesso è una disposizione che importa l'obbligo di conservare e di restituire e l'obbligo di conservare significa appunto obbligo di non alienare, la condizione di non alienare importerà fidecommesso. Però non si può dire che la condizione de non alienando importi sempre fidecommesso. La legge dice che c'è fidecommesso ogni qualvolta c'è l'obbligo di conservare e restituire, e non dice l'obbligo soltanto di conservare, la conservazione deve essere un mezzo diretto al fine della restituzione. Ora, se io ingiungo l'obbligo di non alienare puramente e semplicemente senza che scopo di quest'obbligo sia la restituzione ad altri, come segue se non si indica la persona a favore della quale lo impongo, oppure senza che indirettamente si possa desumere che l'obbligo di non alienare fu imposto a favore di qualche persona, la condizione di non alienare non importa fidecommesso, perchè manca l'altro obbligo di restituire. Tutto al più si potrà questionare se questa

persona prima di morire, sia per gli anni, sia perchè impotente, può trovarsi in tale stato di non potere avere figli; quindi, anche prima della morte di lui, si potrà avere la certezza che non avrà figli.

Ora, non essendo quella condizione un fatto che si verifica necessariamente al tempo della morte, manca l'elemento necessario per potervi vedere il fidecommesso. Ma altri hanno osservato: se anche prima della morte si può sapere che una persona non avrà dei figli, pur non di meno il testatore si riferì solo al tempo della morte, perchè non disse: "Istituisco erede Tizio, ma se non avrà figli istituisco Caio„ perchè in questo caso, il fatto posto come condizione risolutiva, non coincide necessariamente col tempo della morte, ma ha detto: "Istituisco erede Tizio e se morrà senza figli, l'eredità andrà a Caio„ cioè il testatore si è riferito al tempo della morte e ha contemplato questo momento come quello in cui la condizione deve necessariamente avverarsi: perciò si trova un elemento per argomentare l'esistenza del fidecommesso; ora, se a questo elemento se ne aggiungono degli altri, la clausola: *si sine liberi decesserit* posta come condizione risolutiva, importerà fidecommesso. E la giurisprudenza può dirsi costante in questo senso.

§128. La clausola de non alienando, e il fidecommesso.

Un altro caso in cui si può discutere se ci sia o no fidecommesso è quando sia apposta la condizione de non alienando. Il testatore dice: "Istituisco erede Tizio con la condizione di non alienare". La condizione di non alienare come condizione risolutiva importa o no fidecommesso?

A prima vista parrebbe di sì, perchè se il fidecommesso è una disposizione che importa l'obbligo di conservare e di restituire e l'obbligo di conservare significa appunto obbligo di non alienare, la condizione di non alienare importerà fidecommesso. Però non si può dire che la condizione de non alienando importi sempre fidecommesso. La legge dice che c'è fidecommesso ogni qualvolta c'è l'obbligo di conservare e restituire, e non dice l'obbligo soltanto di conservare, la conservazione deve essere un mezzo diretto al fine della restituzione. Ora, se io ingiungo l'obbligo di non alienare puramente e semplicemente senza che scopo di quest'obbligo sia la restituzione ad altri, come segue se non si indica la persona a favore della quale lo impongo, oppure senza che indirettamente si possa desumere che l'obbligo di non alienare fu imposto a favore di qualche persona, la condizione di non alienare non importa fidecommesso, perchè manca l'altro obbligo di restituire. Tutto al più si potrà questionare se questa

condizione sia valida o nulla; ma anche se si ritiene nulla, la nullità deriva altri principi non dal divieto del fidecommesso.

La condizione però di non alienare entro certi limiti, secondo me è valida; è valida se è limitata ad un certo tempo come per es. fintanto che l'istituito non raggiungerà la maggiore età, oppure fin tanto che non si sarà liberato dei debiti; e può essere anche valida se è imposta per tutto il tempo della vita dello erede, se essa non si riferisce a certi modi di alienare, cioè a titolo gratuito per atto tra vivi e si lascia libertà di alienare in certi altri modi cioè a titolo oneroso o per testamento. Ma se io dico: "Lascio la mia eredità a Tizio con l'obbligo di non alienare, affinchè i beni restino nella famiglia„ qui, apparentemente non c'è fidecommesso, in quanto non è indicata la persona a cui i beni si debbono restituire: pur non dimeno c'è perchè in tale ipotesi io dimostro in modo evidente l'intenzione che i beni siano conservati per essere trasmessi ai discendenti dell'istituito; quindi c'è fidecommesso.

A tanto maggiore ragione perciò c'è fidecommesso quando indico la persona a favore di cui non voglio che questi beni si alienino. Così per esempio: "Lascio la mia eredità a Tizio sotto la condizione risolutiva dell'alienazione nell'interesse della moglie, dei figli, ecc„ Qui c'è fidecommesso, perchè c'è l'obbligo di conservare, e l'obbligo di restituire in

quando è designata la persona in favore della quale io ho posto quest'obbligo. Appunto avuto riguardo a questo requisito, che cioè per esserci fidecommesso ci vuole l'obbligo di conservare e di restituire, si fa un'altra questione nel caso che alcuno abbia lasciato tutta la eredità a Tizio, ma abbia ingiunto l'obbligo di pagare una determinata somma al tempo della morte ad un terzo. Qui c'è o no fidecommesso?

Apparentemente parrebbe che ci fosse fidecommesso, perchè Tizio deve conservare su ciò che riceve £10.000 per darle a Caio, quindi si tratterebbe di un fidecommesso parziale; purnondimeno non è così; qui l'obbligo di dare ha per oggetto non già la stessa cosa lasciata da me, ma un'altra cosa; perciò col dire: "Lascio la mia eredità a Tizio con l'obbligo che egli paghi £ 10.000 a Sempronio al tempo della sua morte" non si fa altro che apporre un *modus* alla disposizione testamentaria, cioè le £ 10.000 debbono essere una detrazione che può esser fatta dal patrimonio dello stesso onerato; quindi non c'è fidecommesso.

---

## §129 _ Il fidecommesso de residuo.

Più grave è la questione se nel testamento si trovi il così detto fidecommesso de eo quod supererit oppure de residuo, caso molto comune nei tempi

antichi e anche oggi.
"Lascio tutta la mia eredità a Tizio, però se al tempo della sua morte si trova qualche bene di cui egli non abbia disposto, esso andrà a Sempronio". Questo si chiama *fideicommissum de eo quod supererit*, in cui c'è l'obbligo di restituire, ma non c'è l'obbligo di conservare. Si domanda: In questo caso si ha fedecommesso? e se non è fedecommesso, si può considerare come una disposizione nulla per altre ragioni? La giurisprudenza francese e l'italiana predominanti ritengono che tale disposizione sia valida perchè non implica un vero e proprio fedecommesso. Si dice: se caratteristica del fedecommesso è l'obbligo di conservare, in quanto che non si dice: tu non devi alienare, non devi disporre; ma si dice: se tu del tuo patrimonio qualche cosa non alieni questa andrà a favore di Sempronio; non c'è fedecommesso ma una disposizione valida.
Io seguo invece l'opinione contraria. Dalla storia risulta che nel caso di *fideicommissum de eo quod supererit*, le leggi stesse provvedevano all'adempimento dell'intenzione del testatore, imponendo all'erede gravato un limite nella facoltà di disporre. Questo limite lo troviamo nel diritto romano e nel diritto comune. Quando il testatore avesse detto: "Lascio l'eredità a Tizio con l'obbligo di dare ciò che avanza a Sempronio", le legislazioni an=

teriori, interpretando la volontà del testatore, riten=
nero che egli avesse voluto imporre un limite nella
facoltà di disporre. Questo limite, secondo il diritto
giustinianeo, era un limite quantitativo, cioè l'erede
gravato poteva disporre dei $\frac{3}{4}$ soltanto, non di tut=
ta l'eredità, di modo che un quarto lo doveva riserva=
re al secondo chiamato. Per diritto consueto ordina=
rio francese, il gravato poteva impiegare per i suoi
bisogni, anche tutto il valore dei beni, ma non pote=
va trasferirli gratuitamente che al solo sostituito.
Ciò dimostra che il fidecommesso de residuo fu con=
cepito e trattato come un vero fidecommesso sebbene
parziale: l'obbligo di conservare, sebbene non espres=
so, fu considerato come implicito.
E ciò del resto è conforme alla volontà del testato=
re; il quale quando dice: "Lascio la mia eredità a
Tizio con l'obbligo di dare ciò che gli resta a Sem=
pronio" vuole evidentemente, sebbene in maniera
implicita, imporre un limite alla facoltà di di=
sporre dell'erede; altrimenti farebbe una disposi=
zione senza significato pratico.
Ora, se egli vuole imporre un limite, sia pure par=
ziale, se cioè vuole che l'erede non possa disporre di
tutta l'eredità, ma di una parte; oppure vuole che
l'erede non possa disporre per testamento, ma solo
per atto tra vivi, evidentemente fa un fidecommes=
so parziale, perchè c'è l'obbligo di conservare e di
restituire sia pure in parte. Ma, poniamo l'ipote=

si inverosimile che il testatore facendo simile di=
sposizione, abbia inteso lasciare piena libertà all'e=
rede di disporre di tutta l'eredità per atto tra vivi o
per testamento, e abbia solo voluto provvedere al caso
che l'erede non si curi di disporre come ne avrebbe
il diritto; allora non c'è fidecommesso certamente,
ma c'è una disposizione nulla per altra ragione.
Ed è che ogni persona può disporre soltanto delle
proprie sostanze per il tempo della sua morte, e non
delle sostanze altrui: il che si rileva dalla stessa
definizione del testamento.
Ora, quando io dico: "Lascio la mia eredità a Ti=
zio, e se qualche cosa resterà, questa andrà a favo=
re di Sempronio" io vengo a fare una disposizione
di sostanze che non sono più mie, perchè queste le
ho trasferite a Tizio e inoltre non pel tempo della
mia morte, ma pel tempo della morte di altri.
E questo va contro l'essenza stessa del testamento; ed
è perciò che pel nostro codice si intende tacitamente
abolita la sostituzione pupillare. Ancora un'altra
ragione: quando io dico: lascio la mia eredità a Ti=
zio, ordinando che se qualche cosa resterà, vada a
favore di Sempronio" io vengo a rilasciare all'arbi=
trio di Tizio la liberalità ordinata a favore di
Sempronio; è lo stesso che dire: "Lascio a Tizio la mia
eredità" concedendogli piena libertà di alienare o
no tutta la mia sostanza, e quindi gli lascio pie=
na libertà di rendere o no erede Sempronio.

Ora la nomina dell'erede o del legatario lasciata interamente all'arbitrio del terzo è nulla.
Dunque, sia che si abbia riguardo al principio che non è possibile disporre di cose di altri per il tempo della morte di esso, sia che si abbia riguardo all'altro principio che non è valida la disposizione rimessa all'arbitrio di un terzo, il *fidecommessum de eo quod supererit*, anche quando il testatore abbia mostrato l'intenzione di lasciare all'istituito ampia libertà di disporre, è nullo; non perchè fidecommesso, ma per altre ragioni.

---

## § 130. Se la sostituzione fidecommissaria includa la volgare.

Ogni qualvolta, sia palesemente, sia occultamente, si incontra sostituzione fidecommissaria nel senso della legge, è valida la disposizione cioè la prima chiamata, ma la sostituzione, anche se di primo grado, è nulla. Però che cosa avverrà se al tempo della morte del testatore, il primo chiamato sia premorto, incapace o rinunziante? La sostituzione sarà egualmente nulla, oppure dovrà ritenersi valida?
"Io istituisco erede Tizio con l'obbligo di conservare e restituire l'eredità a Caio, al tempo della sua morte„. Al tempo della mia morte, Tizio si trova già morto, il secondo chiamato Caio, avrà diritto o no di adire l'eredità? In altre parole: bisogna appli-

care letteralmente la disposizione di legge che dice es=
sere la sostituzione nulla oppure bisogna ritenerla va=
lida in questo caso? Se il testatore ha usato la for=
mula che gli antichi dicevano "substitutio compendio=
sa" cioè ha usato una espressione sintetica che com=
prenda tanto la volontà di fare una sostituzione vol=
gare, quanto la volontà di fare una sostituzione fi=
decommissaria, non c'è dubbio che colui il quale non
potrebbe acquistare la eredità perchè il primo chia=
mato ha accettato, potrà adirla se il primo chia=
mato è premorto, è incapace, o ha rinunziato.
Quando io dico: "Istituisco erede Tizio e in qua=
lunque ipotesi Tizio venga a mancare, gli sosti=
tuisco Caio" con questa formola compendiosa io
prevedo due ipotesi: l'ipotesi che Tizio primo chiama=
to muoia prima di me, e l'ipotesi che muoia do=
po di me; e quindi faccio due sostituzioni; una
diretta o volgare nel caso che Tizio muoia prima di
me, e un'altra fidecommissaria nel caso che muoia
dopo di me.

Se il primo chiamato accetta l'eredità, la sostitu=
zione è nulla, ma se il primo chiamato premuore
o è incapace o rinunzia, siccome nella formula a=
doperata è stata prevista anche l'ipotesi della so=
stituzione volgare, il secondo chiamato ha diritto
a conseguire l'eredità o il legato. E in tal propo=
sito non nasce questione. Invece la questione nasce
quando il testatore non abbia usato una formu=

la comprensiva, ma abbia usato una formula che contempla la sola sostituzione fidecommissaria.
"Istituisco erede Tizio con l'obbligo di conservare e restituire l'eredità a Caio" Se Tizio sopravvive ed accetta, allora non c'è dubbio che la sostituzione è nulla, ma se Tizio premuore, o muore insieme al testatore, o è incapace o rinunzia; nasce il dubbio se Caio si potrà considerare come sostituito volgarmente, e quindi potrà adire l'eredità, adducendo per ragione che gli estremi legali della sostituzione fidecommissaria non si incontrano, giacchè si ha fidecommesso quando il secondo chiamato deve succedere in luogo del primo, mentre qui non c'è nè secondo nè primo chiamato, ma c'è un solo chiamato, perchè pel fatto della premorienza, della commorienza, dell'incapacità, della rinunzia, è distrutta la chiamata del primo.

Grave è la controversia nella dottrina e nella giurisprudenza, e si suole formulare così: se la sostituzione fidecommissaria comprenda in se la sostituzione volgare o diretta. Tale questione rimonta fino ai tempi di Bartolo e degli altri postglossatori che seguirono Bartolo.

Io non esporrò le teorie antiche; dirò solo che gli antichi si attenevano alla materiale disposizione delle parole, seguaci come erano di un formalismo giuridico, che è contrario ai nostri principii legislativi; e così risolvevano variamente la questione. Ma non man-

carono giuristi come il cardinale De Luca i quali meglio ritennero che tutto si riducesse ad una questione di volontà. Chi si ritiene nella dottrina italiana? C'è grave discrepanza fra gli autori.

Alcuni hanno detto non essere possibile ammettere che la sostituzione fidecommissaria implichi la volgare; altri hanno detto che nella prima bisogna ritenere sempre inclusa la seconda; altri poi ne fanno una questione di volontà. Quelli che ritengono che non è possibile ammettere siffatta inclusione, partono da un principio romanistico: per diritto romano, quando l'erede gravato del fidecommesso premoriva al testatore e non accettava l'eredità, tutta la disposizione cadeva.

Ora, dicono costoro, quando l'erede gravato del fidecommesso premuore al testatore, viene meno la sostituzione, perchè la sostituzione non è che una chiamata dipendente dalla prima e quindi presuppone la validità e l'efficacia di questa. Quando il testatore dice: "Chiamo erede Tizio, e quando Tizio morrà, gli sostituisco Caio„ presuppone che Tizio viva e goda della eredità, e che dopo che ha goduto lui, venga a godere Caio, quindi, essi dicono, se la prima chiamata viene a mancare, manca il nesso tra la prima e la seconda chiamata, e manca perciò il fidecommesso. Perciò non si può intendere inclusa la sostituzione volgare nella sostituzione fidecommissaria.

Altri dicono invece che bisogna ritenere sempre inclu-

sa nella sostituzione fidecommissaria, la sostituzione volgare, basandosi sulla presunta volontà del testatore, perchè, essi dicono, se noi vogliamo tenere conto dell'intenzione del testatore, dobbiamo dire che questi predilesse il secondo chiamato; l'intenzione del testatore mirò al secondo chiamato a preferenza che al primo, perchè il secondo dovrebbe essere il vero proprietario, mentre il primo non dovrebbe avere che un godimento temporaneo: quindi poco importa se il primo chiamato sia venuto a mancare, c'è sempre il secondo, quegli cioè che il testatore predilesse, e che il testatore volle fosse proprietario pieno; ora, se è vero questo, bisogna attuare in tutta la sua pienezza la volontà del defunto e ritenere che la sostituzione volgare è sempre richiusa nella sostituzione fidecommissaria.

Ma bisogna dire più esattamente che tanto i fautori dell'una che dell'altra opinione sono troppo assoluti e sostituiscono il loro pensiero al pensiero del legislatore. E invero non si può dire che giammai non si possa ritenere implicita la sostituzione volgare nella fidecommissaria, perchè il principio romanistico non ha oggi nessun valore; in quanto il fidecommesso dei romani era diverso dal fidecommesso nostro. Infatti nel diritto romano l'erede gravato dal fidecommesso era legalmente il solo erede incaricato di compiere un obbligo; di modo che mancando l'erede, veniva a mancare tutto

il testamento; e mancando il testamento non si poteva parlare nè di fidecommesso nè di legati. Invece, dacchè nel diritto nostro il fidecommesso ha natura diversa da quella che aveva nel diritto romano, e d'altra parte l'istituzione di erede non è più *caput et fundamentum totius testamenti*, non si può dire che anche oggi come pel diritto romano la sostituzione fidecommissaria non possa includere quella volgare.

D'altra parte è erroneo dire in tesi assoluta che sempre e necessariamente debba ritenersi implicita nella sostituzione fidecommissaria quella volgare, perchè non c'è alcuna disposizione di legge che ci autorizzi a ciò. Così pensando si verrebbe a creare una *presumptio iuris*, mentre è risaputo che le *presumptiones iuris* soltanto la legge può stabilirle, non già l'interprete. Cosicchè anche posto come vero, in via normale, che il testatore prediligga il sostituito anzichè l'istituito e quindi sia conforme alla volontà del testatore ritenere che il sostituito debba essere erede quando è premorto o rinunziante l'istituito, ciò deve risultare vero anche nel fatto; ma non può considerarsi come una verità aprioristica e indiscutibile. Solo nel dubbio dovrà prevalere la decisione conforme alla normale volontà del testatore, e quindi bisognerà ritenere, ove non vi siano seri argomenti in contrario, che nella sostituzione fidecommissaria sia implicita la vol-

gare. Ma si dice dagli avversari, se la sostituzione fidecommissaria è nulla, come le si può dare efficacia, mutandola in sostituzione volgare in base alla volontà del testatore?
Si risponde a questa obbiezione, richiamando il principio generale che riguarda la conversione dei negozi giuridici nulli in negozi giuridici validi, quando vi sia l'estremo obbiettivo degli elementi necessari per il negozio giuridico valido, e l'estremo subbiettivo dell'intenzione delle parti che era quella di riferirsi anche al negozio giuridico valido. Ora, se il testatore ha compiuta una sostituzione fidecommissaria, cioè ha fatto un atto nullo, ma questo atto nullo ha in sè l'elemento obbiettivo della sostituzione volgare, e se inoltre il testatore, facendo quella sostituzione fidecommissaria, intese fare anche quella volgare, ne segue che ancorchè il negozio giuridico chiamato sostituzione fidecommissaria sia nullo, rimane valido quello che c'è sotto il negozio giuridico nullo, cioè il negozio giuridico che si chiama sostituzione volgare. Cosicchè, se il magistrato di merito si convince che in fatto non esisteva sostituzione volgare, e il magistrato di Cassazione non può dire essersi violato un criterio legale di interpretazione, come seguirebbe se vi fosse la presunzione che sempre in ogni sostituzione fidecommissaria è inclusa la volgare. Ecco qual'è la mia opinione.

## § 131 - L'usufrutto successivo.

La legge italiana non solo ha voluto proibire la sostituzione fidecommissaria, ma anche tutte le disposizioni le quali avessero con essa delle analogie. Così ha proibito l'usufrutto successivo, cioè la disposizione con cui si lascia l'usufrutto a più persone successivamente. ("Io lascio l'usufrutto del mio patrimonio a Tizio e al tempo della sua morte a Caio").
Questa disposizione è proibita dalla legge, nel senso che soltanto il primo chiamato ha diritto all'usufrutto, e non il secondo. L'usufrutto successivo non è una sostituzione fidecommissaria, perchè caratteristica di questa è l'obbligo di conservare e di restituire, mentre quest'obbligo non si può concepire come possibile nel caso di usufrutto successivo, perchè l'usufrutto di sua natura si estingue al tempo della morte del primo chiamato, di guisa che anche quando il testatore lo lascia a più persone successivamente, non può seguire da ciò che il primo chiamato lo debba conservare o restituire al secondo, ma esso passa direttamente dal testatore come al primo, così al secondo chiamato.
Il testatore fa due disposizioni distinte di usufrutto, una a favore del primo chiamato, l'altra a favore del secondo chiamato; il quale non si può dire successore del primo, ma è sempre successore diretto del testatore; per la ragione semplicissima che non si può parlare di trasmissione di

un diritto intrasmissibile; e così dicasi se vi è il ter=
zo, il quarto, l'ennesimo chiamato.

Perciò non c'è doppia disposizione, non c'è ordine
successorio, non c'è l'obbligo di conservare e di resti=
tuire perchè non si può conservare nè restituire un
diritto che si estingue necessariamente alla morte
del primo chiamato. Perciò il legislatore francese,
mentre fu rigoroso nel proibire il fidecommesso
fino al punto di ritenere nulla la stessa istituzio=
ne e non la sola sostituzione, tacque intorno all'u=
sufrutto successivo che perciò si ritenne permesso.
Fu soltanto il Codice Albertino che proibì l'usu=
frutto successivo, non perchè importa una sostitu=
zione fidecommissoria; giacchè, se così fosse non c'e=
ra bisogno di un'espressa disposizione, ma perchè
esso potrebbe mascherare una sostituzione fide=
commissaria, e quindi servire di mezzo a froda=
re la legge, come avverrebbe nel caso che una perso=
na lasciasse l'usufrutto ad un'altra, poi ad u=
na seconda, ad una terza, e via fino all'infini=
to, di modo che ci sarebbe un distacco perpetuo e
completo della proprietà dall'usufrutto e quin=
di un vero e proprio fidecommesso sotto le sembian=
ze di usufrutto successivo.

Ma questo costituisce un semplice presupposto
della norma legislativa, non una vera e propria
presunzione; talchè, anche se in fatto si trova u=
na disposizione di usufrutto successivo, compiuta

senza alcuna intenzione di mascherare una sostituzione fidecommissaria, c'è nullità senz'altro.
La legge poi ha applicato all'usufrutto successivo lo stesso principio della sostituzione fidecommissaria: cioè la sostituzione è nulla, non l'istituzione, quindi il secondo, il terzo, non possono aver diritto all'usufrutto; l'acquista però validamente il primo chiamato.
Tutto questo si trova stabilito nell'art. 901. Questo articolo, oltre che di usufrutto, parla anche di altra annualità lasciata successivamente e quindi non avente effetto che pel primo chiamato. Qui appunto dobbiamo notare una grande inesattezza in cui è incorso il legislatore nell'adoperare la frase o altra annualità.
Quell'altra non si capisce; l'usufrutto è forse una annualità? No, certamente. La legge vuole dire che non solo è proibita la disposizione con cui si lascia lo stesso usufrutto a favore di più persone successivamente, ma anche qualsiasi attribuzione che abbia per oggetto la prestazione della stessa annualità a più persone con ordine successivo. La frase "altra annualità„ è forse sfuggita al legislatore, perchè ha riguardato l'usufrutto come un diritto essenzialmente temporaneo nello stesso modo che è essenzialmente temporanea l'annualità.
Ma, tranne questa analogia tra annualità assegnata ad una persona e usufrutto, non ce ne è altra; l'annualità non è una specie di usufrutto, come

l'usufrutto non è una specie di annualità. Ma prescindendo da questa inesattezza di parole, dobbiamo vedere i limiti di applicabilità dell'art. 901.
Che s'intende per usufrutto successivo? Si ha usufrutto successivo o annualità successiva, quando il testatore lascia un usufrutto a favore di più persone che ne debbono godere separatamente sì, ma dopo un certo tempo che non coincide col tempo della morte del primo chiamato? In altre parole, è necessario per ritenere la nullità della sostituzione nel caso di usufrutto successivo, quell'ordine successorio che è un requisito della sostituzione fidecommissaria, oppure no? Se troviamo un testamento così fatto: "Lascio l'usufrutto della mia proprietà a Tizio finchè raggiunga la maggiore età; dopo l'usufrutto sarà goduto da Sempronio„ c'è usufrutto successivo?
No, secondo me, per le stesse ragioni addotte a proposito della sostituzione fidecommissaria; se non c'è sostituzione fidecommissaria là dove non c'è ordine successorio, cioè dove il secondo chiamato non deve godere dei beni alla morte del primo, non ci può essere usufrutto successivo, quando il secondo chiamato non deve godere dell'usufrutto al tempo della morte del primo, ma in un tempo anteriore.
Infatti, quando si fa una simile disposizione, si vengono a fare due legati di usufrutto, uno a termine finale, l'altro a termine iniziale; ora il termine finale e il termine iniziale sono permessi dalla

legge per tutti i legati, quindi anche per i legati di usufrutto.
Perciò se non si incontra l'ordine successorio, non ci è usufrutto successivo proibito dalla legge: di modo che tutti i legatari chiamati, godranno dell'usufrutto. Inoltre, altro è l'usufrutto successivo, cioè attribuito a più persone che debbono goderne l'una alla morte dell'altra, altro è l'usufrutto congiuntivo.
Se una persona ha nominato legatari più persone congiuntamente allo stesso usufrutto, praticamente che si ha? Lo stesso effetto dell'usufrutto successivo. Se io dico: "Lascio l'usufrutto del fondo tale a Tizio e Caio" qui, siccome c'è *coniunctio re et verbis*, c'è diritto di accrescimento; ne seguirà perciò che se muore Tizio, primo chiamato, in qualunque tempo, prima o dopo l'accettazione, l'usufrutto della sua parte passa a Caio; dunque parrebbe che l'usufrutto congiuntivo in nulla differisca dall'usufrutto successivo; perchè anche nell'usufrutto congiuntivo, la mancanza di uno per causa di morte, giova all'altro il quale godrà dell'usufrutto dell'intera cosa alla morte del primo.
Ora, mentre l'usufrutto successivo è proibito, l'usufrutto congiuntivo è permesso, dal momento che il nostro Codice ammette il diritto di accrescimento per i legati qualunque essi siano; anzi espressamente considera i legati di usufrutto disponendo che il diritto di accrescimento si avvera non solo

quando muore il primo chiamato, ma anche dopo l'accettazione (art. 855). Perchè mai dunque è valido l'usufrutto congiuntivo, mentre è proibito l'usufrutto successivo? Quale la ragione della differenza?
La ragione è che quando più persone sono chiamate congiuntamente allo stesso usufrutto, ciascuna ha acquistato il diritto *in solidum* per effetto della vocazione, fin dal momento della apertura della successione; invece quando c'è usufrutto successivo, il secondo, il terzo, il quarto chiamato non acquistano il diritto se non al tempo della morte del primo, del secondo, del terzo, ecc. Ma poichè questa è differenza soltanto teorica, mentre praticamente si hanno gli stessi effetti, cioè si ha un usufrutto che dura quanto dura la vita del più longevo dei chiamati, alcuni commentatori del Codice civile, hanno ritenuto che l'usufrutto successivo non sia proibito in tutti i casi; ma solo in quello in cui l'usufrutto congiuntivo non sarebbe possibile.
Essi dicono che l'usufrutto successivo è proibito quando il secondo o l'ulteriore chiamato sia una persona la quale sarebbe incapace di ricevere al tempo della morte del testatore. Se io nomino usufruttuario Tizio e gli sostituisco i figli di lui i quali non sono nati nè concepiti al tempo della mia morte, in questo caso si ha usufrutto successivo, vietato dalla legge, perchè in questo caso io non potrei lasciare l'usufrutto congiuntamente in quanto che non posso di=

re. "Lascio l'usufrutto a Tizio congiuntamente ai figli suoi" perchè questi figli non esistono al tempo della mia morte.
Epperò in tutti gli altri casi in cui è possibile l'usufrutto congiuntivo, è possibile l'usufrutto successivo, perchè gli effetti pratici sono gli stessi. Si risponde che questo non è esatto. È vero che praticamente gli effetti dell'usufrutto successivo sono gli stessi di quello congiuntivo; ma la legge, nel proibire l'usufrutto successivo, non tenne conto degli effetti pratici che in concreto si potevano avverare: ma mirò solo ad evitare la possibilità che con la disposizione di usufrutto successivo si ordinasse un vero e proprio fidecommesso, possibilità che vi è tanto se tutti i chiamati siano viventi al tempo della morte del testatore, quanto nel caso contrario. Cosicchè, in qualunque caso si abbia usufrutto successivo, c'è disposizione vietata dalla legge e quindi nullità della seconda chiamata. Che si intende poi per annualità?
Alcuni hanno pensato: siccome la legge dice "Altra annualità" che questa frase, sebbene non troppo esatta, pure qualche valore debba averlo, e dacchè l'usufrutto è diritto reale, l'annualità che non è possibile concedere a più persone successivamente, debba consistere anche in un diritto reale: di modo che una annualità che costituisca diritto di credito, si potrebbe lasciare a più persone successivamente.
Ma giustamente si è fatto notare in contrario

che non si trovano nel nostro Codice delle annualità che siano obbietto di diritti reali, se anche la rendita fondiaria e la rendita vitalizia sono prestazioni di indole obbligatoria. C'è solo il canone enfiteutico; ma questo, data la sua speciale natura, non può in nessun modo considerarsi equiparato dalla legge al l'usufrutto, dacchè non è un diritto essenzialmente temporaneo.
Cosicchè, se non si vuole che la disposizione di legge resti lettera morta, bisogna intendere per annualità, di cui è proibito il lascito successivo, quelle che formano oggetto di un diritto di credito. E tale è la rendita vitalizia la quale perciò non può attribuirsi a favore di più persone successivamente. Così se io dico: "Obbligo il mio erede a pagare £ 10.000 a Caio sua vita durante, e alla morte di Caio a Sempronio" Sempronio non avrà diritto al legato.
Ma la legge pone questa regola dei limiti che secondo noi non sono arbitrari, ma sono fondati su un principio generale che abbiamo già applicato nella sostituzione fidecommissaria. Soltanto, mentre nella sostituzione fidecommissaria si deve fare l'indagine della volontà del testatore per vedere se quel principio generale è applicabile o no, qui la legge lo applica da sè stessa e quindi pone un criterio legale di interpretazione. Noi dicemmo che quando c'è sostituzione fidecommissaria, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, si deve ritenere che essa

comprende la sostituzione volgare; cioè quando vi è sostituzione fidecommissaria e il primo chiamato è premorto al testatore, il secondo chiamato, sebbene sostituito fidecommissariamente, si deve ritenere sostituito volgarmente, cioè chiamato validamente, e quindi avrà diritto all'eredità. E ciò in base non già ad una presunzione legale, ma al principio che bisogna interpretare gli atti giuridici secondo la volontà del loro autore, e quindi far luogo alla conversione dell'atto giuridico, qualora, se esso sia nullo, si incontrano realmente gli estremi di un altro atto giuridico valido voluto dall'autore.

Questo stesso principio ha applicato la legge per l'usufrutto successivo; soltanto, invece di lasciare caso per caso l'indagine al magistrato, ha stabilito essa stessa che l'usufrutto successivo va a favore di colui che si trova primo chiamato non già nel testamento, ma al tempo della morte del testatore e quindi può essere il secondo, il terzo, il quarto chiamato. Se il testatore ha detto: "Lascio l'usufrutto della mia eredità a Tizio e dopo la sua morte a Caio, e dopo a Sempronio" e al tempo della morte del testatore Tizio si trova premorto, chi avrà l'usufrutto?
L'avrà Caio perchè risulta il primo chiamato nel tempo della morte del testatore (art. 901). Sicchè, per decidere chi sia primo chiamato non bisogna badare al tempo del testamento, ma a quello della morte del testatore: chi si trova primo al tempo della mor=

te, colui ha diritto all'usufrutto. Ma che cosa deve rite=
nersi se al tempo della morte del testatore, il primo=
chiamato all'usufrutto non sia premorto, ma sia ri=
nunziante? Il chiamato in secondo ordine, avrà di=
ritto a pretendere l'usufrutto?
La lettera della legge si riferisce solo al caso della pre=
morienza e non comprende il caso di rinunzia del
primo chiamato. Noi però crediamo che bisogna appli=
care il principio generale della conversione degli atti
giuridici, e come abbiamo ritenuto per la sostituzio=
ne fidecommissaria, così dobbiamo ritenere per l'usu=
frutto successivo. Quando il primo chiamato abbia
rinunziato, è come se non fosse stato chiamato mai;
siccome egli rappresenta l'ostacolo legale che impe=
diva all'altro l'acquisto del diritto, colla rinun=
zia l'ostacolo vien meno, e quindi deve considerar=
si unico chiamato quello che fu chiamato in secon=
do luogo.

---

## §132. Le annualità successive permesse dalla legge.

Una eccezione a questo principio che cioè non è
possibile l'usufrutto successivo nè l'annualità suc=
cessiva a favore di più persone, chiamate l'una
dopo l'altra, è posta dall'art. 902: "Non è vietato
di stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o
a tempo, in soccorsi all'indigenza, in premio al=

la virtù o al merito, o altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella disposizione siano chiamate persone di una data qualità o di determinate famiglie". Questa disposizione segna una eccezione alla precedente. Mentre nell'art. 901 si dice che non è possibile costituire annualità di cui debbano godere più persone successivamente, si fa eccezione nell'art. 902, in cui si dice che se le annualità sono lasciate per gli scopi in esso menzionati, ancorchè debbano godersi da persone aventi una data qualità o appartenenti a determinate famiglie, successivamente, la disposizione è interamente valida.

Tale eccezione è giustificata dallo scopo degno di massimo favore per cui simili disposizioni vengono fatte: cioè scopo di beneficenza, o di premiare la virtù o il merito, o di provvedere ad altre esigenze di pubblica utilità. Così sono valide simili disposizioni tanto se tendano a favorire dei poveri in generale quanto una determinata classe di poveri, come per soccorrere infanzia abbandonata, o per istituire borse di studio per studenti poveri, maritaggi, patrimoni sacri per chierici poveri, ecc. come anche se provvedano a premiare la virtù o il merito, per es. un legato annuo a chiunque faccia una scoperta nel campo della fisica o di altra scienza, o la migliore opera letteraria, ecc; e infine se mirano a conseguire uno scopo qualsiasi di utilità e di interesse sociale.

Questi lasciti non solo possono farsi genericamente come se si dice: "Lascio la metà della rendita annua del mio patrimonio per mantenere agli studi dieci studenti poveri„ ma anche se si dica: "Lascio tanta rendita annua per mantenere agli studii gli appartenenti alla famiglia X. che vorranno studiare giurisprudenza„ ecc. cioè anche se vengano determinate le persone che dovranno godere successivamente del lascito.

Si quistiona se i legati fatti per scopo di culto consistenti in una annualità da prestarsi in perpetuo, siano legati validi o no. La questione nasce pel fatto, che mentre nel Codice Albertino è detto: che non è vietato stabilire delle annualità in perpetuo a scopo di culto: ecc, il codice nostro non riprodusse queste parole. Però, e giustamente, si nota che la soppressione di queste parole nel Codice nostro non vuol dir niente. Nel nostro codice furono tolte anche altre parole che si trovano nel codice Albertino, come: dotare zitelle povere. Ora si può dire che il legato di annualità in perpetuo per dotare zitelle povere sia un legato nullo, solo perchè il nostro codice non ha riprodotto quella frase del Codice Albertino? Certamente no, giacchè il dotare delle zitelle povere rientra nella frase: "Soccorsi all'indigenza„ per cui il codice à permesso la costituzione di annualità in perpetuo.

Così ancora il legato a scopo di culto, ancorchè consistente in annualità lasciate in perpetuo non può dir=

si vietato, perchè il culto è implicito nella frase "Oggetti di pubblica utilità„. Questa frase è così ampia da comprendere fra gli oggetti di pubblica utilità anche il culto: dal momento che la generalità dei cittadini ritiene che le funzioni del culto siano funzioni di utilità sociale. È permesso affrancare queste annualità? Questa domanda sorge spontanea dacchè quando la legge parla di annualità da lasciarsi in perpetuo presuppone, non già l'ipotesi della fondazione, ma l'ipotesi di vero e proprio legato, cioè di un peso imposto all'erede, che è la persona obbligata a pagare l'annualità.

Ora, l'erede gravato di quest'obbligo, ha diritto ad affrancare? Sì, senza dubbio. Tale diritto non è concesso dall'art. 902, ma dall'art. 1788 che dice: "Gli art. 1783, 1785, 1786 (cioè quelli riguardanti l'affranco della rendita fondiaria) sono applicabile ad ogni altra annua prestazione perpetua costituita a qualsiasi titolo, anche per atto di ultima volontà, ad eccezione di quella avente per causa una concessione di acqua demaniale, e salve le speciali disposizioni riguardanti l'enfiteusi„

Solo c'è dubbio sull'affrancabilità nel caso che non ci siano delle persone le quali possano ricevere il capitale ed impiegarlo per raggiungere gli scopi voluti dal testatore. Supponiamo che sia fatto il legato in questi termini: "Voglio che metà delle rendite annue del mio patrimonio sia erogata per

costituire doti alle zitelle povere del mio paese„ oppure „per soccorrere i ciechi del mio paese„ a chi l'erede dovrebbe pagare il capitale di affranco?
Non c'è una persona determinata che rappresenti queste zitelle povere, questi ciechi; perciò in tal caso difficilmente si potrà esercitare il diritto di affrancare, giacchè si dovrebbe trovare un ente che abbia quel dato scopo.
Supponiamo che esista nel mio paese un ospizio di ciechi, allora è facile intendere che questo ente possa rappresentare i ciechi cui io ho fatto quel lascito. Ma se questo ente non esiste, non si può affrancare, non perchè ci siano ostacoli giuridici, ma perchè vi sono ostacoli di fatto.

---

## Inefficacia delle disposizioni testamentarie.

### § 133 _ *Casi di inefficacia e conseguenze.*

Avendo parlato delle modalità delle disposizioni testamentarie, dobbiamo trattare di un altro argomento, cioè dell'inefficacia delle disposizioni testamentarie. Il Codice ne parla (e ciò non è bene) insieme alla revocazione delle disposizioni testamentarie; perciò ci tocca sceverare l'una parte dalla altra trattandosi di due argomenti distinti.
Anzitutto che vuol dire inefficacia o caducità di una disposizione testamentaria? Per rispondere a

questa domanda dobbiamo distinguere inefficacia da nullità; la parola inefficacia adoperata genericamente comprende anche il caso della nullità, perchè: "Quod nullum est nullum producit effectum" un negozio nullo è perciò stesso inefficace.

Ma si ha inefficacia in senso stretto, quando un negozio giuridico, pur essendo per se stesso valido, per un avvenimento sopravvenuto non produce l'effetto, che altrimenti sarebbe stato capace di produrre, quindi la nullità si distingue dall'inefficacia dei negozi giuridici. E il criterio di distinzione è questo che si ha nullità quando c'è un vizio intrinseco del negozio giuridico, vizio il quale è coevo alla stessa formazione del negozio; invece si ha inefficacia quando un negozio giuridico che è nato valido e quindi capace astrattamente di produrre effetto, per la sopravvenienza di un fatto, non è più capace di produrre alcun effetto; oppure la mancanza di un fatto al quale era connesso l'effetto del negozio giuridico, impedisce che questo abbia il suo effetto. Come si vede, tra nullità ed inefficacia vi ha una differenza teorica, giacchè per quel che riguarda gli effetti pratici, spesso la conseguenza è la stessa; come un atto nullo non produce effetto, così non ne produce un atto inefficace.

Quando il nostro Codice parla di inefficacia delle disposizioni testamentarie, si riferisce alle disposizio-

ni testamentarie si riferisce alle disposizioni che per se stesse sono valide, perchè presentano le forme esteriori del testamento ed anche i requisiti intrinseci, ma non producono effetto per un impedimento sopravvenuto. Quali sono questi impedimenti?
Il Codice ne enumera tre: ma questa enumerazione è incompleta. L'art. 890 dice: "Qualunque disposizione testamentaria è senza effetto se quegli in favore del quale è stata fatta la disposizione non è sopravvissuto al testatore o è incapace" e l'articolo 891 dice: "La disposizione testamentaria è caducata rispettivamente all'erede, al legatario che vi rinunzia". Cosicchè questi due articoli contemplano tre casi: il caso della premorienza, dell'incapacità, della rinunzia. Ma questa enumerazione è incompleta, giacchè vi mancano i casi dell'assenza, della commorienza, della condizione sospensiva non avverata; in tutti questi casi la disposizione testamentaria è valida ed è capace di produrre effetti; se non che questi effetti non si producono realmente. Nel caso della premorienza c'è inefficacia per la mancanza del requisito della sopravvivenza al testatore, perchè, se soltanto l'erede sopravvive al testatore, acquista il diritto. Vi è inefficacia nel caso di incapacità, e per incapacità si deve intendere sola l'indegnità, giacchè la disposizione fatta in favore di persona incapace giuridicamente è nulla, non inefficace;

nel caso di rinunzia, cioè quando il chiamato sopravvive al testatore ma vi rinunzia, perchè il rinunziante si ha per non mai chiamato. Ancora non è efficace la disposizione a favore dell'assente, perchè l'assente si ha come se non vivesse e quindi il caso dell'assenza è paragonato al caso della non sopravvivenza.

E infine c'è il caso della condizione sospensiva che non si è verificata, perchè quando non si verifica la condizione sospensiva, manca il diritto del chiamato all'eredità, e così pure manca questo diritto quando il chiamato muore prima che si avveri la condizione e questo costituisce un altro caso in cui la disposizione è inefficace o caduca. Esaminiamo brevemente alcuni di questi vari casi che possono dar luogo a questioni. La legge parla di premorienza; ma abbiamo detto che alla premorienza bisogna aggiungere la commorienza. Infatti la commorienza che effetto produce? Lo dice la legge stessa: produce l'effetto di impedire la trasmissione del diritto dal de cuius al successore; ora se impedisce questa trasmissione, produce lo stesso effetto della premorienza: tanto vale che uno sia premorto quanto se sia commorto, giacchè tanto l'uno che l'altro non sopravvivono al testatore e non sopravvivendo non possono acquistare il diritto. Perciò quando la legge parla di premorienza per gli effetti ereditari, intende riferirsi al caso più co=

mune di non sopravvivenza. E che la commorienza sia da equipararsi alla premorienza, risulta anche dall'art. 890 il quale dice: "Qualunque disposizione testamentaria è senza effetto se quegli in favore del quale è stata fatta non è sopravvissuto al testatore„ non dice "è premorto„ ma "non è sopravvissuto„ Ora il commorto si reputa che sia morto nello stesso istante in cui è morto il testatore, e quindi che non sia a questi sopravvissuto neanche di un sol momento. Adunque la commorienza è un caso di inefficacia o di caducità come la premorienza, giacchè produce gli stessi effetti di questa.
Abbiamo detto poi che la legge, parlando dei casi di incapacità, come quello in cui si ha inefficacia della disposizione testamentaria, ha inteso riferirsi al caso dell'indegnità. Perchè?
La legge ha voluto riferirsi soltanto a questo caso di incapacità, perchè negli altri come per es. quello in cui il chiamato è incapace perchè non nato nè concepito a tempo della morte del testatore, o perchè il chiamato è un ente giuridico ancora non esistente a quel tempo nè creato dalla volontà dello stesso testatore; o il chiamato è incapace di ricevere totalmente, o è incapace parzialmente, si tratta di disposizioni nulle che non hanno effetto fin dal primo momento.
Ora, se la legge ha voluto contrapporre la nullità all'inefficacia, evidentemente qui ha dovuto rife=

risi al caso dell'indegno, in quanto l'indegno potest capere sed non potest retinere, cioè ha tutti i requisiti per potere acquistare il diritto, ma in pena del fallo commesso, ne è escluso.
Pel caso di assenza si potrebbe dubitare se esso si possa annoverare fra i casi di inefficacia mentre la legge tace. Però noi rispondiamo invocando l'articolo 43 cod. civ. che dice: "Aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona della cui esistenza non consti, la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, o a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza, salvo il diritto di rappresentazione."
Dunque se si hanno tutti gli effetti che nascono nel caso di non sopravvivenza, cioè l'assente non acquista il diritto all'eredità o al legato, ma in vece sua sottentrano gli altri eredi con cui avrebbe diritto di concorrere, ciò significa che c'è inefficacia della disposizione testamentaria fatta in suo favore.
Quali sono le conseguenze giuridiche dell'inefficacia o caducità? Qual'è la sorte della quota dell'eredità o della cosa legata che formano oggetto della disposizione caducata per una delle ragioni anzidette?

Bisogna distinguere se si tratta di eredità o di legato. Se è caducata una istituzione di erede, cioè una disposizione a titolo universale, per regola generale la quota che così resta mancante di padrone, di-

viene oggetto di successione legittima, se invece si trat=ta di cosa legata, cioè è caducata una disposizione a titolo particolare, la cosa oggetto di questa disposizio=ne andrà a favore di tutti gli eredi proporzional=mente alle loro quote; se è poi un legato posto dal testatore a carico di uno o di alcuni eredi, esso an=drà a favore di colui o di coloro che erano gravati spe=cialmente di quest'onere; quindi, mentre la caduci=tà di una disposizione a titolo universale importa apertura della successione legittima, invece la cadu=cità di una disposizione a titolo universale importa apertura della successione legittima, invece la cadu=cità di una disposizione a titolo particolare o lega=to non importa apertura della successione legitti=ma, perchè il legato costituisce una detrazione del=l'eredità.

Questi principii non solo sono di ordine logico, ma sono sanzionati dalla legge negli art. 883 e 886. Tut=to ciò che abbiamo detto ha però valore solo in linea generale, ma queste conseguenze non si avverano in parecchi casi. Primo caso è quando ha luogo il dirit=to di accrescimento, come dice la legge stessa all'arti=colo 886. Il secondo caso lo abbiamo già studiato ed è quando, pur non essendovi diritto di accrescimen=to, c'è sostituzione; poichè la sostituzione non è al=tro che una disposizione condizionata all'ineffica=cia di un'altra disposizione. Quindi se il testa=tore ha previsto la inefficacia della prima chia=

mata facendone una seconda, non si apre la successione legittima, ma si dà luogo alla sostituzione.
C'è ancora un altro caso ed è quello della esistenza dei figli del premorto od incapace, quando questi si trovano nelle condizioni in cui avrebbe luogo in loro favore il diritto di rappresentazione se si trattasse di successione ab intestato. Questo è detto nel cap. dello art. 890 capoverso che con le parole con cui è formulato ha dato luogo a varie questioni e perciò deve essere studiato in modo particolare.

---

## §132. *Il capoverso dell'art. 890 (ossia il diritto di rappresentazione della successione testamentaria) Limiti della sua applicazione.*

Il capoverso dell'art. 890 dispone: "I discendenti però dell'erede o legatario premorto od incapace sottentrano nell'eredità o legato nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione se si trattasse di successione intestata eccetto che il testatore abbia altrimenti disposto, ovvero si tratti di legato, di usufrutto o di altro diritto di sua natura personale.
Il Codice qui, ricollegandosi ai principî enunciati precedentemente, dispone se l'erede o il legatario è premorto o incapace si avrà caducità della disposizione testamentaria, e quindi la porzione spettante all'incapace o al premorto, se si tratta di eredità si devolve ai successori legittimi, se si tratta di

legato si devolve agli eredi testamentari; ma questo non avviene qualora il premorto o l'incapace lasci dei discendenti i quali avrebbero diritto di succedere per rappresentazione, se si trattasse di successione intestata; in questo caso invece di avverarsi la conseguenza generale della caducità, avviene la sostituzione dei discendenti al chiamato mancante a causa di premorienza o di incapacità.

Questo è il concetto dell'art. 890. Che cosa ha inteso fare il legislatore così disponendo? Intese provvedere a quello stesso scopo pratico cui provvede disponendo, in caso di successione ab intestato, che i figli del premorto od incapace sottentrino nel posto del genitore, istituendo cioè il diritto di rappresentazione.

Il diritto di rappresentazione, fin dai tempi dei giureconsulti romani, era concepito come possibile soltanto nella successione legittima; e questo concetto continuò ad avere vigore sino ai tempi nostri.

Onde non si ammise la possibilità del diritto di rappresentazione nella successione testamentaria e ciò per motivi meramente tecnici. Perchè si pensò che il diritto di rappresentazione ha ragione di essere nella successione legittima la quale si fonda sulla presunta volontà del defunto; onde presumendo che il defunto abbia amato i nipoti con lo stesso affetto con cui amò il padre loro, cioè il figlio o il fratello, appare giusto dare alla stirpe ciò che spetta al loro autore: mentre una simile presunzione non può

aver luogo quando si tratta di successione testamentaria in cui il defunto ha espresso la sua volontà e l'ha espressa in maniera limitata, cioè chiamando eredi o legatari soltanto certe determinate persone senza provvedere ai loro figli mentre pure si poteva provvedere: il che significa chiaramente che amava più quelle determinate persone che i loro discendenti.

Sicchè la presunzione della volontà che sta a base del diritto di rappresentazione resta distrutta dalla volontà espressa nel testamento. Ma nonostante queste considerazioni di ordine teorico, si capì che in tal modo si lasciava insoddisfatto il bisogno pratico ad eliminare l'inconveniente che deriva quando alcuno istituito erede o nominato legatario dal defunto premuore o è incapace, cioè che i figli del premorto o incapace che secondo una giusta probabilità furono amati dal testatore nello stesso modo che l'istituito, non debbono avvantaggiarsi per nulla dell'eredità o del legato di cui avrebbero tratto giovamento se l'istituito non fosse premorto o non fosse stato incapace. Ecco perchè il Codice prussiano prima, e poi il Codice austriaco, disposero che i figli dell'erede o del legatario hanno diritto di sottentrare nel posto del loro genitore premorto o incapace anche se si tratta di successione testamentaria, impedendo che si aprisse sulla quota del mancante la successione legittima in favore di tutti i successibili del testatore quan-

do si trovano quelli legati con lui con maggiore vincolo di affetto. Questa riforma introdotta nel codice prussiano e nell'austriaco si voleva introdurre anche nel codice Albertino onde si impegnò una grave discussione in proposito; ma il legislatore albertino non credette accettare questa novità facendosi dominare dal concetto che non è possibile ammettere il diritto di rappresentazione nella successione testamentaria in quanto tale diritto si fonda sulla volontà presunta del testatore, laddove nella successione testamentaria la volontà del testatore si è manifestamente espressa.

Ma il nostro Codice ha fatto bene a non seguire questo dottrinarismo inutile, ed imitando i codici prussiano e austriaco, ha introdotto la disposizione contenuta nel capoverso dell'art. 890 la quale importa una sostituzione fatta dalla legge stessa. Ma questa disposizione, sia perchè nuova, sia perchè espressa in termini poco chiari, ha dato luogo ad una infinità di questioni di cui la più grave è quella intorno ai limiti della sua applicabilità. Quando è applicabile il capoverso dell'art. 890? Vi sono quattro opinioni:

1°) Alcuni hanno detto: il capoverso dell'art. 890 è applicabile sempre, cioè ogni qualvolta il premorto o l'incapace lascia dei figli, questi sottentrano al posto del premorto o incapace. Cosicchè anche se il testatore abbia istituito erede o nominato legatario un estraneo, un amico qualsiasi, e costui premuore al

testatore o è incapace, purchè abbia figli, questi prenderanno il suo posto; opinione, come ognuno vede, troppo larga, perchè concede il diritto di sostituzione ai figli di qualsiasi premorto o dell'incapace, ancorchè questo non si trovi col testatore nel rapporto di figlio o di fratello, come invece avviene nella successione intestata.

2°) Un'altra opinione diametralmente opposta, è che si applica il capoverso dell'art. 890 solo quando la successione testamentaria coincide esattamente con la successione ab intestato, cioè quando il testamento sia un mero di più, una semplice conferma di ciò che per legge si sarebbe avverato; in altri termini, la sostituzione o subingresso si avvererebbe solo quando il testatore avendo soltanto dei figli o soltanto dei fratelli, abbia istituiti eredi questi figli o questi fratelli, e li abbia istituiti in parti eguali, perchè allora il testamento non fa che confermare ciò che la legge vuole.

3°) Vi sono poi altri i quali dicono: non si può ammettere il diritto di rappresentazione a favore dei figli degli estranei, nè d'altra parte per ammetterlo si deve esigere la coincidenza perfetta tra successione legittima e testamentaria: ma si deve ammettere solo quando tra l'erede o il legatario e il testatore, passa quello stesso rapporto di parentela che dà luogo nella successione legittima al diritto di rappresentazione.

Ora noi sappiamo che c'è diritto di rappresentazione in favore dei discendenti dei figli e dei fratelli del defunto; quindi solo quando l'istituito erede o nominato legatario sia figlio o fratello del defunto, i suoi discendenti avranno diritto alla rappresentazione.

4°) Altri invece dicono: questo sta bene, ma non basta; per farsi luogo al diritto di rappresentazione non basta che l'erede o il legatario premorto o incapace sia figlio o fratello del testatore, cioè sia una di quelle persone che astrattamente parlando hanno la qualità necessaria perchè i loro discendenti possano pretendere la rappresentazione, ma è necessario inoltre che si verifichino in concreto le condizioni di fatto che si verificano per l'esercizio del diritto di rappresentazione nella successione intestata; nella quale c'è diritto di rappresentazione solo quando il rappresentato sia il parente più prossimo del de cuius.

Così è impossibile concepire la rappresentazione dei figli del fratello se ci sono figli del testatore, perchè quando avviene la successione legittima ed il defunto lascia figli e fratelli, i soli figli hanno diritto di succedere, non già i fratelli.

Perciò, posto che il testatore, avendo dei figli, istituisca erede della disponibile il fratello, se questi premuore o è incapace, i figli di lui non possono pretendere la successione, perchè se l'istituito erede è

in quel grado di parentela che dà luogo alla rappresentazione, pure, siccome in questo caso i figli del fratello non avrebbero potuto pretendere nulla nella successione intestata, perchè il loro genitore nulla per legge avrebbe dovuto avere, stante la presenza dei figli del de cuius, così non possono invocare il diritto di rappresentanzione nella successione testata.

Esposte così le varie opinioni, vediamo quali sono gli argomenti che si adducono a loro favore e quale è la nostra. Noi diciamo subito che l'opinione nostra è che per avere rappresentazione nel senso dell'art. 890. ci vogliono due requisiti: che l'istituito erede o legatario abbia la qualità di figlio o di fratello del testatore, che in secondo luogo non ci siano parenti più prossimi; cioè se il testatore istituisce erede o nomina legatario il fratello, i figli di questo hanno il diritto alla rappresentazione qualora il testatore non lasci figli, non già anche se abbia figli.

La prima opinione non è stata seguita da nessuno salvo dal Borsari, perchè non fondata nè nello spirito nè nella lettera della legge. Se la legge avesse voluto concedere il diritto di sub ingresso ai discendenti di qualsiasi persona istituita erede o nominata legatario, non c'era bisogno di aggiungere le parole "nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione; se si trattasse di successione intestata„ ma avrebbe detto semplicemente:

"i discendenti dell'erede o legatario premorto o incapa=
ce sottentrano nei diritti di lui".
Più seria è l'altra opinione professata dal Pescatore,
secondo la quale il diritto di rappresentazione sarebbe
possibile solo quando la successione testamentaria
coincide in tutto e per tutto con la successione legitti=
ma. Perchè (si dice) in questo capoverso il legislato=
re ha voluto estendere il diritto di rappresentazione
dalla successione intestata alla successione testata,
ma estendendola non ha voluto mutare le sue con=
dizioni obbiettive. Ora quali sono le condizioni di
fatto che esistono allorchè si verifica il diritto di rap=
presentazione nella successione legittima?
Prima, che vi siano dei discendenti del premorto od
incapace; seconda, che costui sia figlio del testatore,
o in mancanza di figli, sia fratello o sorella; ter=
za, proveniente dall'indole stessa della successio=
ne intestata, che tutti siano chiamati in parti e=
guali.

Dunque queste stesse condizioni debbono avverar=
si nella successione testata. E se la legge ha dovu=
to ricorrere a una disposizione espressa per estende=
re il diritto di rappresentazione dall'una all'al=
tra successione, è stato perchè nel diritto anteriore,
pel solo fatto che c'era testamento, ancorchè la vo=
lontà del testatore fosse stata perfettamente con=
forme a quella della legge, non si ammetteva rap=
presentazione.

Ma evidentemente era ingiusto che, mentre nel caso di successione legittima i figli dei figli e i figli dei fratelli succedono per rappresentazione, invece pel solo fatto dell'esistenza di un testamento, il quale non faceva che non confermare la successione legittima, si dovesse accogliere una conseguenza contraria.
Il fatto che preoccupò il legislatore, fu questo: egli pensò: è strano che se uno muore senza far testamento e lascia i figli o fratelli, i discendenti del premorto o incapace succedono nella quota di lui, laddove, se fa testamento istituendo eredi i figli in parti eguali, i figli del premorto od incapace non debbano potere esercitare il diritto di rappresentazione.
Ora, se il legislatore si impensierì dell'ingiustizia che derivava da diverso trattamento di due casi identici qual'è quello della successione legittima e quello della successione testamentaria confermante la successione legittima, è chiaro che solo a questa ipotesi si riferisce il capoverso dell'art. 890. Infatti la legge dice: "nei casi in cui sarebbe ammessa la rappresentazione se si trattasse di successione intestata" e i casi di successione intestata sono appunto quelli in cui per forza di cose la partizione ereditaria deve farsi in parti eguali tra i vari coeredi.
Inoltre si aggiunge: qual'è la ragione della legge per cui c'è diritto di rappresentazione? È la presunta volontà del defunto di amare egualmente tutti

i suoi figli e in mancanza di questi la loro stirpe: ma quando il testatore fa una ripartizione disuguale dell'asse ereditario tra i figli o i fratelli, ha dimostrato di voler bene ad uno più che all'altro, e dimostrando questa diversità di affetto, evidentemente ha tenuto conto della qualità personale dell'istituito, e avendo tenuto conto delle sue qualità personali non si può dire che abbia voluto provvedere egualmente ai discendenti di lui nei quali non si riscontrano le stesse qualità.

Che si obbietta a questa opinione? Anzitutto se questa fosse stata l'intenzione del testatore, la redazione dell'articolo doveva essere ben diversa: il legislatore non avrebbe dovuto dire: "i discendenti dello erede o del legatario premorto od incapace, sottentrano nell'eredità o nel legato nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione, se si trattasse di successione intestata„ ma avrebbe dovuto dire: è ammessa la rappresentazione ecc. ricorrendo gli estremi della successione intestata.

Dalle parole adoperate si scorge che la legge ha istituito un rapporto di analogia, non di identità, tra la successione testata e l'intestata: la successione intestata è termine di paragone, non già un estremo per l'applicabilità del diritto di rappresentazione. Ora se si tratta di analogia, è evidente che bisogna tener conto delle diversità che esistono tra i due casi analoghi, e non pretendere che si trovino

in uno quegli elementi che sono propri e caratteristici dell'altro: qual'è l'uguaglianza delle quote tra i vari eredi.

Che del resto si tratti di una semplice analogia, risulta dalla considerazione che se il legislatore avesse voluto provvedere solo al caso della coincidenza perfetta della successione legittima con la successione testamentaria, non avrebbe dovuto contemplare l'ipotesi dei legati. Giacchè, come è detto nell'art. 890 capoverso il diritto dei discendenti di sottentrare nel posto dell'incapace o premorto, si avvera non solo quando si tratta di istituzione di erede, ma anche quando si tratta di legato. Ora se è possibile che si dia diritto di rappresentazione anche nel caso di legato, mentre pure il legato non si avvera nella successione legittima dei figli e dei fratelli, e per se stesso esclude la ripartizione eguale dell'asse ereditario, costituendo una liberalità speciale, evidentemente il legislatore non ha voluto che vi sia coincidenza perfetta della successione legittima con la successione testamentaria. Quindi quel richiamo alla successione intestata fu preso soltanto come un termine di paragone, ma non fu fatto per stabilire una condizio sine qua non per la possibilità della rappresentazione.

Perciò anche questa opinione è stata poco seguita.

Le due opinioni che si contendono il campo, sono quelle intermedie; quella cioè che ritiene che basta

la qualità personale subbiettiva di essere in quel dato rapporto di parentela col defunto che dà luogo alla rappresentazione, e l'altra che ritiene che non basta questa qualità subbiettiva, ma deve esserci la condizione obbiettiva della mancanza di parenti più prossimi. La opinione dominante, specie nella giurisprudenza, però è quella secondo cui basta la qualità personale perché abbia luogo la successione per rappresentazione, cioè basta che l'erede o il legatario sia figlio o fratello del defunto, perché i suoi discendenti possano succedere per rappresentazione.

Ma i seguaci dell'altra opinione oppongono che se la legge avesse voluto contentarsi solo della qualità personale, cioè del solo rapporto di parentela che deve correre tra erede o legatario e il defunto, allora non avrebbe dovuto dire che la rappresentazione ha luogo nei casi in cui sarebbe ammessa nella successione intestata, ma avrebbe dovuto dire: "la rappresentazione ha luogo a favore delle persone che si trovano col defunto entro il grado di parentela in cui ha luogo la rappresentazione trattandosi di successione intestata„ e non avrebbe parlato di casi.

Se la legge ha parlato di casi e il caso risulta da più circostanze di fatto, ne deriva che non basta la sola qualità personale, ma è necessario il concorso di altre circostanze di fatto, qual'è la mancanza di parenti più prossimi.

Solo perciò quando si ha mancanza di parenti più

prossimi e quando si è in quel dato rapporto di parentela, si ha successione testamentaria per rappresentazione.

Siffatta opinione è, secondo me, più conforme alla lettera della legge sebbene questa sia molto ambigua. Ma contro questa opinione si fa una osservazione molto acuta. Se voi volete sostenere che caso non significa soltanto la qualità personale, ma significa anche concorso dell'estremo obbiettivo della mancanza di parenti più prossimi, dovete ammettere poi che non basta la mancanza di parenti più prossimi, come non basta la qualità personale di figlio o fratello del defunto, ma è necessaria anche l'uguaglianza di ripartizione nell'asse ereditario, perchè solo quando queste varie circostanze concorrono si ha il caso in cui si verifica la rappresentazione nella successione intestata.

Noi rispondiamo che bisogna distinguere condizione da condizione; condizione necessaria per l'esercizio del diritto di rappresentazione, da condizione che non è necessaria al diritto di rappresentazione, ma è intrinseca alla natura della successione legittima.

L'eguaglianza di parti fra i vari chiamati all'eredità è forse una condizione specifica pel diritto di rappresentazione? No, è una conseguenza naturale e necessaria della successione legittima, la quale fra i figli o fra i fratelli non si concepisce

che in parti eguali.

Dunque non è questa una condizione specifica per l'esercizio del diritto di rappresentazione. Invece, per la rappresentazione nelle successioni intestate si richiede il diritto di succedere nella persona che si vuole rappresentare e quindi che egli sia il parente più prossimo, oltre le qualità di figlio o di fratello. Non si rappresenta se non chi ha il diritto all'eredità, e non ha diritto alla eredità se non il parente più prossimo: quindi non l'ha il fratello del defunto se questi lascia dei figli, e dippiù non si rappresenta se non chi è discendente o fratello del defunto: ecco le due principali condizioni del diritto di rappresentazione.

Dunque se queste sono le condizioni proprie del diritto di rappresentazione, mentre l'uguaglianza delle parti è solo conseguenza necessaria del concetto stesso della successione ab intestato, evidentemente quando la legge dice che la rappresentazione sarà ammessa nella successione testata negli stessi casi in cui sarebbe ammessa nella successione ab intestato, vuol dire che prescinde da quelle condizioni che costituiscono l'essenza della successione ab intestato che prende per termine di paragone, ma vuole solo quelle condizioni che occorrerebbero per la rappresentazione sempre.

Quindi per potersi applicare il capoverso dell'articolo 890, ci vogliono due condizioni: che l'erede

o legatario premorto o incapace sia figlio o fratello del testatore e lasci discendenti, e in secondo luogo, ove si tratti di fratelli istituiti eredi o legatari, che non vi siano figli del testatore.

Da ciò segue che se alcuno abbia istituito erede la madre e la madre è premorta al testatore lasciando dei figli, cioè fratelli del testatore, i figli della premorta non possono pretendere di succedere per diritto di rappresentazione, perchè sebbene il vincolo che unisca il testatore all'erede sia un vincolo stretto di affetto; pure non essendovi diritto di rappresentazione nella successione ab intestato rispetto agli ascendenti, questo diritto non vi può essere nemmeno nella successione testamentaria.

Supponiamo che alcuno abbia istituito erede lo zio o il cugino, e questo zio o cugino sia premorto o incapace al tempo della morte del testatore; i figli di lui non possono pretendere il diritto di rappresentazione, perchè il chiamato all'eredità, premorto o incapace, era sì parente del defunto, ma a questo non era unito da quel legame di parentela che produce il diritto di rappresentazione.

Ecco come la qualità personale sia un elemento principale per potersi dar luogo al diritto di rappresentazione. L'altro elemento della prossimità del grado occorre quando alcuno, avendo dei figli, istituisce eredi i figli del fratello, cioè i nipoti i quali, sebbene abbiano astrattamente il diritto di rappresen-

tazione, pure in concreto in questo caso non l'avrebbe=
ro, perchè manca l'elemento obbiettivo della prossi=
mità del grado, essendovi i figli che sono in grado più
prossimo col defunto ed escluderebbero perciò i collate=
rali dalla successione ab intestato.
Lo stesso si verifica nel caso che il testatore lasci su=
perstite un fratello e istituisca erede un nipote ex
fratre: se il nipote premmore lasciando figliuoli,
costoro, succederanno per rappresentazione? Secon=
do la rigorosa interpretazione dell'art. 890, dovrà
dirsi di no, perchè anche in questo caso la esisten=
za del fratello escluderebbe i figli del nipote dal=
la successione intestata.
Tuttavia la giurisprudenza prevalente adotta la
interpretazione più benigna, e concede anche in
tal caso il diritto di rappresentazione

---

## §135 - Indole del diritto concesso dal capo=verso dell'art. 890.

Qual'è l'indole giuridica del diritto concesso dal
capoverso dello art. 890? Tale questione ha una
importanza più teorica che pratica.
Alcuni hanno detto che il nostro legislatore non ha
fatto altro che riprodurre l'istituto della trasmissio=
ne teodosiana del diritto romano; altri hanno det=
to che si tratta di sostituzione tacita, altri che si
tratta di un vero diritto di rappresentazione.

È da scartarsi l'opinione di quelli che ritengono che si tratti della trasmissione teodosiana applicata al nostro Codice.

La trasmissione teodosiana era questa: nel diritto romano l'eredità non ancora accettata, non si poteva trasmettere agli eredi; quindi avveniva che se alcuno morisse dopo l'apertura della successione, ma prima di avere accettato l'eredità, i figli di lui non potevano sottentrare nel suo posto. L'imperatore Teodosio invece dispose che, quando l'istituito erede morisse dopo l'apertura della successione e fosse figlio del testatore, i suoi figli, cioè i nipoti de cuius, avessero diritto a succedere in luogo del padre. In altri termini: l'eredità, sebbene per se stessa intrasmissibile, si trasmetteva in questo caso, per avvantaggiare la stirpe.

Però, se è vero che la trasmissione teodosiana aveva per iscopo di favorire i nipoti del de cuius nella successione testamentaria, come il capoverso dell'art. 890, pure c'è questa differenza che, mentre la trasmissione teodosiana suppone che l'istituito sia morto <u>dopo</u> l'apertura della successione, il nostro Codice suppone che l'istituito sia premorto o incapace. Nel nostro Codice non c'era bisogno di riprodurre la trasmissione teodosiana, perchè è regola generale che il diritto dell'erede venuto a morire dopo l'apertura della successione, si trasmette ai suoi eredi. Altri dicono che si tratta di

una sostituzione tacita, onde accanto alla sostituzio=
ne espressa bisogna ammettere una sostituzione ta=
cita. Ma il concetto di sostituzione tacita è erra=
to: perchè quando si ha volontà tacita?
Quando essa si può desumere da certi fatti conclu=
denti; anche la volontà tacita è effettiva, reale,
e non fittizia o presunta.
La volontà espressa si differisce dalla tacita in
ciò che chi esprime la sua volontà si serve di mez=
zi diretti unicamente a tale scopo: invece si ha
manifestazione tacita di volontà quando si adope=
rano dei mezzi che per se stessi non sono diretti a
una dichiarazione di volontà, ma da cui si può
argomentare in via indiretta che c'è una data
volontà. Ma quando alcuno lascia erede il figlio
o il fratello, senza provvedere al caso di premorien=
za o di incapacità, come si può dire che tacitamen=
te sostituisca al chiamato i suoi figli?
Il testatore non ha manifestata nessuna volontà
nè direttamente nè indirettamente, ma ha ta=
ciuto, e il silenzio non equivale a dichiarazione di
volontà nè affermativa nè negativa. Quindi c'è
sostituzione, ma questa non deriva da volontà del=
l'uomo, sibbene da volontà della legge che si fonda
sulla probabile volontà del testatore. Essendo poi so=
stituzione legale, non può aver luogo che nei casi dal=
la legge indicati, non in altri; mentre quelli i qua=
li dicono che il capoverso dell'art. 890 contempli una

sostituzione tacita, sostengono che la sua applicabilità oltre che ai casi di incapacità e di premorienza, anche al caso di rinunzia, perchè, quando si ha sostituzione espressa, il sostituto sottentra nel posto dell'istituito se questi non voglia o non possa accettare; così anche deve ammettersi nel caso di sostituzione tacita. Questa conseguenza però non si può accogliere, essendo contraria alla lettera della legge, la quale, dopo aver parlato del diritto di rappresentazione, nell'articolo seguente 891 dice: " La disposizione testamentaria è caduca relativamente allo erede o al legatario <u>che vi rinunzia</u> " e non aggiunge eccezione alcuna, come fa nell'articolo precedente.

Invece se il legislatore avesse voluto sottoporre alla stessa regola il caso di rinunzia e il caso di premorienza od incapacità, avrebbe detto nell'art. 891: " Qualunque disposizione testamentaria è caducata per premorienza per incapacità o per rinunzia dell'istituito, tranne, ecc ".

Non resta dunque che considerare il capoverso dell'articolo 890 come una norma che stabilisce una sostituzione legale, estendendo il diritto di rappresentazione dalla successione legittima alla successione testamentaria, e poichè, come dissi a suo tempo, il diritto di rappresentazione non è altro che una sostituzione legale, ne consegue che è lo stesso e unico istituto il quale funziona tanto nella successione legittima che nella testamentaria.

Quindi anche chi succede in virtù del capoverso dell'art. 890 succede iure proprio, non iure transmisso; dimodo che, per vedere se egli sia capace o no, bisogna considerarlo non già rispetto alla persona che sostituisce, ma alla persona del testatore. Tutte le regole insomma esposte a suo tempo circa il diritto di rappresentazione nella successione legittima debbono applicarsi alla sostituzione legale di cui tratta il citato capoverso.

---

## §136. Casi in cui si applica il capoverso dell'art. 890.

Il primo caso in cui si applica questo capoverso è quando l'erede o il legatario è premorto al testatore. Un altro caso che non è previsto dalla lettera della legge, ma che pure è compreso nello spirito di essa, è quello della commorienza. Se l'erede o il legatario sia commorto col testatore, ove sia figlio o fratello di lui, e lasci dei figli propri, potranno essi succedere per diritto di rappresentazione escludendo gli altri figli o fratelli del de cuius dal partecipare alla quota che sarebbe spettata al commorto. Sì, senza dubbio, se la legge parla del caso della premorienza, è perchè lo ha considerato come il caso più comune, ma non ha inteso escludere quello della commorienza.
E invero, nello stesso articolo 890 il Codice parla prima di persona che non sia sopravvissuta al testato=

re e poi nel capoverso parla di premorienza; quindi è chiaro che nel capoverso non ha inteso limitare il concetto di sopravvivenza espresso prima, ma ha inteso riferirsi al caso più comune.

Un altro caso di cui la legge non parla è quello dell'assenza: l'istituito erede o nominato legatario figlio o fratello del testatore, al tempo dell'apertura della successione si trova assente, ma ha figli: costoro possono esercitare il diritto di rappresentazione oppure la quota spettante all'assente deve essere oggetto di successione legittima e quindi ripartirsi non solo tra i figli dell'assente, ma anche fra gli altri eredi legittimi del testatore stesso? Il Codice non risolve la questione nell'art. 890, ma la risolve nello art. 43 che dice: "Aprendosi una successione alla quale sia chiamato in tutto o in parte una persona della cui esistenza non consti, la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza <u>salvo il diritto di rappresentazione</u>". Dunque se è salvo il diritto di rappresentazione e questo si ha non solo nella successione legittima, ma anche nella successione testamentaria, è chiaro che, anche in caso di assenza, è applicabile l'articolo 890 capoverso.

Un altro caso è quello dell'incapacità. Ma che si intende per incapacità? Noi sappiamo che gli incapaci sono di vario genere, ciò nonostante nel capo-

verso dell'art. 890 la legge non ha voluto riferirsi che a un solo caso di incapacità, cioè l'incapacità per l'indegnità.
Perchè? Perchè anzitutto, come abbiamo visto a suo tempo, il diritto di rappresentazione nella successione legittima non è possibile se non a favore dei figli dell'indegno. In secondo luogo non è possibile che la legge in questo capoverso abbia voluto riferirsi agli altri casi di incapacità, perchè negli altri casi, o si tratta di incapaci assolutamente per mancanza di esistenza fisica e allora è impossibile che si trovino figli di costoro al tempo della morte del testatore; o si tratta di incapaci relativamente, e allora è sempre impossibile che i figli abbiano il diritto di rappresentazione, giacchè se la legge stessa disponendo che i figli degli incapaci si considerano come persone interposte, li rende incapaci anche se il testatore li avesse espressamente sostituiti, non avrebbe potuto senza contraddirsi concedere il diritto di rappresentazione, che è una sostituzione legale e basata sulla probabile volontà del testatore.
Perciò nonostante la generalità della parola adoperata dalla legge, questa non si riferisce ad altra incapacità diversa da quella dell'indegno. Eppure questa soluzione che sembra così logica e naturale, è stata oggetto di controversia: molti cioè hanno dubitato che ai figli dell'indegno spetti il diritto di rappresentazione e ne hanno dubitato in base all'arti=

colo 775 il quale dice: " I discendenti dell'indegno hanno sempre diritto alla legittima che sarebbe spettata all'escluso."

Dunque, si è detto, se quest'articolo stabilisce che i figli dell'indegno hanno diritto alla legittima che sarebbe spettata all'indegno, vuol dire che se in un testamento è stato istituito erede della disponibile un indegno, i suoi figli avranno diritto alla legittima soltanto spettante a costui, giusta l'art. 775 e non già alla parte disponibile come deriverebbe dall'articolo 890 capoverso. Dunque, hanno concluso, non è applicabile il capoverso dell'art. 890 ai discendenti dell'indegno. Ma, altri osservano, che se il capoverso dell'art. 890 non è applicabile, nell'ipotesi di incapacità, che ai figli dell'indegno, differente deve essere la interpretazione dell'art. 765; però l'interpretazione che hanno proposta è più che mai erronea. Essi hanno detto che, mentre l'art. 890 ammette il diritto di rappresentazione, solo quando vi sia tra il testatore e l'erede rapporto di filiazione o di fratellanza, invece l'art. 865 ha voluto estendere il diritto di rappresentazione a favore dei figli dello indegno, nel senso che quando c'è indegnità, i figli dell'indegno hanno sempre diritto a sottentrare nel posto dell'indegno, ancorchè questi non sia figlio o fratello del defunto.

Questa opinione, benchè propugnata da un autore che molto ha scritto in materia di successione,

è campata in aria: basta leggere l'art. 765 per convincersi che in esso si tratta di indegno, il quale deve essere figlio del testatore.
Infatti la legge dice all'art. 765: "I discendenti dell'indegno hanno diritto alla legittima che sarebbe spettata all'escluso„ Ora se la legge parla di legittima evidentemente l'erede indegno deve essere un legittimario e come tale non può essere altro che figlio: quindi non si può dire che quest'articolo estenda il diritto di rappresentazione ai figli dell'indegno che sia un estraneo rispetto al testatore. Questo articolo invece si spiega facilmente; se si toglie dal posto in cui si trova, dove sta a disagio e si colloca sotto la rubrica concernente i diritti dei riservatari, dove sarebbe la sua sede naturale.
La legge italiana in altri termini, avendo introdotto una novità rispetto al Codice francese, il quale non ammette rappresentazione dell'indegno, come ha detto ciò espressamente, oltre che a proposito delle successioni legittime (art. 728) anche riguardo alla successione testamentaria nell'articolo 890, così ha creduto bene parlarne anche rispetto alla successione necessaria; e ciò ha fatto nello art. 765. Quindi, spiegando l'art. 765 come un articolo fuori posto, il quale contempla il caso evidente della successione necessaria, ogni controversia si elimina.
È possibile l'applicazione del capoverso dell'art. 890

anche ai discendenti del figlio naturale?
Si, è possibile perchè la legge ammette il diritto di rappresentazione in loro favore nella successione legittima: l'art. 748 dice: "I discendenti legittimi del figlio premorto naturale, possono reclamare i diritti stabiliti a favore di lui negli articoli precedenti".
Inoltre c'è l'art. 817 che ammette il diritto di rappresentazione in favore dei figli legittimi del figlio naturale quando si tratta di successione necessaria. Perciò, sebbene la legge non lo dica espressamente, deve ritenersi che il diritto di rappresentazione, come spetta ai figli legittimi del figlio naturale nel caso di successione ab intestato, e nel caso di successione necessaria, così spetta loro nel caso di successione testamentaria.
Però si intende bene che ciò segue quando il figlio naturale sia stato legalmente riconosciuto.

---

## §137. Eccezioni al diritto di rappresentazione.

Il diritto di rappresentazione nella successione testamentaria non è ammesso, se non quando si possa presumere che il testatore l'abbia voluto: sicchè quando c'è espressa volontà contraria del testatore, il diritto di rappresentazione non ha più luogo. Questo è detto anche nell'articolo 890.

coll'inciso: "eccetto che il testatore abbia altrimenti disposto"

Ma quando si può dire che il testatore abbia altrimenti disposto? Se il testatore ha detto: "Istituisco erede Caio e se egli mi premuore non voglio che abbia luogo il diritto di rappresentazione" allora non c'è dubbio che egli ha disposto in senso contrario al diritto di rappresentazione. Ma la controversia nasce quando abbia provveduto al caso di caducità della disposizione in modo tale da lasciare il dubbio se il suo provvedimento si concili con la rappresentazione, oppure l'escluda.
Così per es. se il testatore ha chiamato più persone congiuntamente, ciò significa che egli abbia disposto in senso contrario all'ammissibilità del diritto di rappresentazione?
La stessa questione si fa nel caso di sostituzione. Ora quando vi sono più eredi chiamati congiuntamente re et verbis la questione è risoluta dalla legge stessa, la quale dice che nonostante la congiunctio re et verbis, si deve ammettere il diritto di rappresentazione (art. 879). Così il diritto di rappresentazione vince il diritto di accrescimento, se si tratta di disposizione a titolo universale. Ma è nato il dubbio tra gli interpreti se questa stessa regola debba valere nel caso di congiunzione tra collegatari; giacchè l'art. 879 prevede soltanto l'ipotesi degli eredi chiamati congiuntamente; e nulla dice

rispetto all'accrescimento tra collegatari. Che dovrà dirsi se i figli del testatore sono chiamati legatari congiuntamente, come in questo caso: "Dò il mio fondo Tusculano ai miei figli Tizio, Caio e Sempronio" ove Tizio premuoia, i figli di lui dovranno succedere nella quota spettante al padre, oppure avrà luogo il diritto di accrescimento a favore degli altri figli del testatore, a lui sopravvissuti?
Alcuni autori hanno dubitato che possa aver luogo il diritto di rappresentazione, ma per noi non c'è dubbio: dal momento che il nostro Codice regola egualmente il diritto di accrescimento fra i coeredi, tranne la differenza che mentre per i legati la coniunctio re tantum basta a produrre il diritto di accrescimento, per le istituzioni di erede è necessaria la coniunctio re et verbis, ci pare chiaro che la stessa regola, che vale nel caso di coeredi chiamati congiuntamente re et verbis, deve valere nel caso di collegatari congiunti re et verbis o re tantum.
E ciò anche per una ragione di indole generale: la coniunctio re et verbis produce il diritto di accrescimento per una presunzione della volontà del testatore fondata sulla formula adoperata; e il diritto di rappresentazione si fonda anch'esso sulla volontà presunta del testatore; ma ha una base ben più salda del diritto di accrescimento in quanto che questo è una presunzio-

ne di legge che si fonda sul formalismo delle paro-
le adoperate dal testatore, laddove il diritto di rap-
presentazione non si basa sulle parole, ma si basa
su quell'affetto naturale che avvince il testatore ai
suoi figli ed ai figli dei suoi figli, cioè ai nipoti.
Quindi questa presunzione avendo più salde ba-
si, deve prevalere sull'altra che ha basi meno
salde; e perciò anche quando c'è la congiun-
zione re et verbis o re tantum tra collegatari,
al diritto di accrescimento deve prevalere il dirit-
to di rappresentazione, cioè nonostante la con-
giunzione, se uno dei chiamati premorto o inca-
pace lascia discendenti, costoro hanno il dirit-
to di rappresentazione senza che abbia luogo il di-
ritto di accrescimento.

Ma che si dirà ove il testatore non abbia adope-
rato la formula che dà luogo al diritto di ac-
crescimento ope legis, ma abbia detto espressamen-
te: "Istituisco eredi i miei figli Mevio, Caio e
Sempronio col diritto di accrescimento"?
Ove uno dei chiamati premuoia o sia incapace
e lasci dei figli, costoro potranno pretendere il di-
ritto di rappresentazione? Quale articolo biso-
gna applicare, l'art. 879, per cui la rappresenta-
zione prevale all'accrescimento, o l'ultima par-
te dell'art. 890 che dice che la rappresentazione
ha luogo, tranne che il testatore non abbia di-
sposto altrimenti? Nel caso da noi presentato

si può dire che il testatore abbia altrimenti dispo=
sto?

Alcuni autori osservano che il testatore quando
espressamente dice che vuole il diritto di accresci=
mento, mira ad ottenere la stessa conseguenza
che sarebbe provenuta dalla legge, ove si fosse li
mitato alla congiunzione re et verbis o alla con
giunzione re tantum. Ora se quando il te=
statore fa una semplice congiunzione, questa
non ha efficacia ad impedire il diritto di rap=
presentazione, non l'avrà nemmeno l'espres=
sa dichiarazione di volere il diritto di accresci=
mento. Ma quest'opinione a noi sembra in=
giustificata, perchè quando il testatore dice: "Chia
mo eredi congiuntamente Mevio, Caio, e Sem=
pronio" non esprime nessuna volontà reale sul
l'effetto del diritto di accrescimento, il quale è
una conseguenza che nasce dalla legge che si
basa sulla semplice formula adoperata dal te
statore, ancorchè essa non corrisponda alla vo=
lontà di lui, e quindi in tal caso è giusto che a
questa presunzione basata su elementi forma=
listici prevalga la rappresentazione, che è una
presunzione aventi basi più salde.

Ma quando il testatore ha detto espressamen=
te: "Chiamo miei eredi Mevio, Caio e Sempro=
nio col diritto di accrescimento" vuol dire che ha
disposto diversamente da quello che avrebbe dispo=

sto la legge se egli avesse taciuto; quindi la sua espressione è contraria al diritto di rappresentazione il quale impedisce il diritto di accrescimento.

La legge dice che la rappresentazione ha luogo, tranne che il testatore abbia altrimenti disposto, cioè tranne che il testatore non abbia manifestato una volontà contraria al diritto di rappresentazione. Ora se egli ha detto: "Voglio che esista il diritto di accrescimento tra Mevio, Caio e Sempronio" ha eliminata la possibilità del diritto di rappresentazione che con quello non si concilia. Quindi la opinione dominante a me pare giusta, cioè altro essere il caso che il diritto di accrescimento provenga dal semplice fatto della congiunzione, altro il caso che il diritto di accrescimento sia voluto espressamente dal testatore; nel primo prevale il diritto di rappresentazione, nel secondo deve prevalere il diritto di accrescimento.

Un'altra questione che non avrebbe ragione di essere, si fa nel caso della sostituzione: un padre di famiglia nomina erede della disponibile il figlio Caio e gli sostituisce l'amico Sempronio; il figlio Caio, che ha a sua volta figli, premuore al testatore o è incapace. Il fatto della sostituzione impedisce o no ai discendenti di Caio di succedere per rappresentazione?

Alcuni hanno detto: non l'impedisce, perchè quando il testatore ha fatto quella disposizione non so=

lo ha voluto riferirsi al figlio individualmente considerato, ma anche al figlio come genitore della prole; dal momento che nel concetto della legge, la stirpe forma un tutto organico col suo capostipite, e la stirpe è trattata alla stessa stregua del suo capostipite, la sostituzione non esclude che i figli del primo chiamato possano avvantaggiarsi del diritto di rappresentazione. Ma questo, secondo me è un ragionamento molto stiracchiato.
Se il testatore ha detto: "Chiamo erede mio figlio Caio e ove egli non voglia o non possa accettare, gli sostituisco Sempronio" questa formola ha compreso anche l'ipotesi che l'istituto erede premuoia con figli o discendenti, e quindi se non ha pensato ad essi vuol dire che non ha voluto la rappresentazione.

Perciò qui abbiamo una disposizione contraria al diritto di rappresentazione, giacchè il testatore ha manifestata la sua volontà di sostituire un altro alla persona che si trovasse premorta o incapace al tempo della sua morte. E ciò è naturale, se si pensa che la sostituzione espressa, appunto perchè tale, deve prevalere su quella che noi abbiamo chiamata sostituzione presunta. Che cosa è infatti il diritto di rappresentazione se non una sostituzione legale che si basa sulla presunta volontà del testatore? Costui, si suppone, che quando lascia eredi i figli, abbia per i figli di essi lo stesso

affetto che ha mostrato per i loro genitori e che perciò avrebbe lasciato loro la stessa porzione ereditaria se avesse pensato alla possibilità della premorienza o dell'incapacità dei primi. Ma quando questa presunzione è distrutta da una volontà contraria, evidentemente il diritto di rappresentazione non può aver luogo.
Più difficile diventa la questione quando premuoiano al testatore l'istituito e il sostituito, ed entrambi lascino figli: "Istituisco erede della disponibile mio figlio Caio e gli sostituisco l'altro mio figlio Sempronio„ Caio e Sempronio premuoiono al testatore lasciando entrambi dei figli. Costoro, possono pretendere il diritto di rappresentazione? I figli di Caio non possono per ciò che abbiamo detto, cioè perchè il diritto di rappresentazione che essi vorrebbero esercitare, è impedito dalla disposizione espressa del testatore di volere la sostituzione. Ma i figli del sostituito Sempronio possono pretendere il diritto di rappresentazione? Non ci sembra dubbia l'affermativa, perchè il diritto di rappresentanione in favore di costoro non è ostacolato da nessuna manifestanione di volontà in contrario; perciò quando più sono le persone chiamate in sostituzione l'una dell'altra, i figli dell'ultimo sostituito possono succedere per diritto di rappresentanione, mentre i figli del primo chiamato quando c'è un secondo, un terzo, non possono pretenderlo, perchè c'è

sempre una volontà contraria che ostacola quel diritto.

Che cosa avverrà quando la sostituzione non è volgare o diretta, ma è fidecommissaria? "Io istituisco erede Tizio mio figlio con l'obbligo di conservare e restituire l'eredità a Caio. Tizio, erede gravato del fidecommesso premuore, i suoi figli possono avvalersi del diritto di rappresentazione, oppure la sostituzione fidecommissaria impedisce loro l'esercizio di questo diritto? A prima vista parrebbe che i figli dell'istituito col peso del fidecommesso abbiano il diritto di rappresentazione, perchè, si potrebbe osservare che siccome la sostituzione fidecommissaria è nulla, qui abbiamo una sola chiamata, cioè una semplice istituzione; non c'è una volontà contraria al diritto di rappresentazione essendo nulla la sostituzione che dovrebbe costituire la manifestazione della volontà contraria.

Pure non è così: perchè dal momento che noi abbiamo ammesso con la dottrina e la giurisprudenza prevalente che nella sostituzione fidecommissaria è implicita la sostituzione volgare o diretta, evidentemente dobbiamo attribuire alla sostituzione fidecommissaria la stessa efficacia che abbiamo attribuita alla sostituzione volgare; cioè quando il testatore dice: "Istituisco erede mio figlio Tizio con l'obbligo di conservare e di restituire l'eredità a Caio", egli dichiarando di volere che Caio fosse so-

stituto a Tizio, ha inteso eliminare la possibilità che Tizio o i suoi eredi diventino padroni dell'asse ereditario, quindi ha tolta la possibilità che i figli di Tizio sottentrino ad esso in caso di premorienza.
Invece, se si ammettesse che la sostituzione fidecommissaria non implica mai la sostituzione volgare, data la sua inutilità, si dovrebbe conchiudere che, non essendoci la volontà contraria, i discendenti del primo chiamato, nel caso che questi sia premorto o incapace, possano sottentrare nel suo posto.
Maggiore difficoltà si trova nel caso del fidecommesso de residuo che, come abbiamo visto, importa non già impedimento assoluto della libertà di alienare, ma solo l'obbligo di dare ad un altro ciò che non si è liberamente alienato. Ora, se io faccio simile disposizione e muore l'istituito gravato dal fidecommesso de residuo, i figli di lui avranno diritto alla rappresentazione; oppure si può dire che la chiamata di un altro nel caso che sopravanzi qualche cosa di cui non siasi disposto, sia di ostacolo al diritto di rappresentazione?
Se il fidecommesso de residuo si ritiene come un vero e proprio fidecommesso, ne deriva che esistendo un secondo chiamato, questi deve escludere il diritto di rappresentazione nei figli del primo per la ragione addotta avanti, ma se invece si considera come una disposizione affatto diversa della sostituzione

fidecommissaria, cioè una disposizione che importi un semplice modus in favore di una persona, la quale è contemplata non in linea principale, ma in linea subordinata, cioè solo in quanto e per quanto il chiamato non disponga di tutto l'asse ereditario, evidentemente questa seconda chiamata, non impedisce il diritto di rappresentazione nei figli del primo chiamato, perchè l'intenzione del testatore era quella di favorire maggiormente il primo chiamato.

Cosicchè si può dire che il testatore abbia provveduto anche all'ipotesi che questo primo chiamato premorisse lasciando figli, giacchè sostituendogli un altro non lo ha sostituito nel caso che non voglia o non possa accettare l'eredità, ma nel caso che il primo chiamato sia erede e pur essendo tale non disponga di tutto l'asse, ma lasci qualche cosa. Sicchè se si ritenga valido il fidecommesso de residuo, l'obbligo dell'erede può benissimo adempiersi dal sostituito legalmente, cioè dai suoi figli i quali perciò potranno sottentrare in luogo del padre, e al pari di questi non disporre di qualche cosa per fare che rimanga a profitto della persona indicata dal testatore. Cosicchè l'indicazione dell'altro che deve conseguire il residuo, non è tale da potersi considerare come un impedimento al diritto di rappresentazione. Un altro caso molto dubbio è quello della istituzione di erede sotto con=

dizione sospensiva. Un padre istituisce erede della disponibile sotto condizione sospensiva un figlio; agli altri lascia la legittima. Il figlio istituito sotto condizione sospensiva muore prima che si avveri la condizione. Si domanda: i figli del morto, ove si avveri la condizione, potranno esercitare il diritto di rappresentazione, oppure sulla porzione disponibile che a quello sarebbe spettata si deve aprire la successione legittima? In altre parole, l'esistenza della condizione è tale da impedire il diritto di rappresentazione?

Certamente l'apposizione della condizione non denota una volontà contraria alla possibilità del diritto di rappresentazione; però si è osservato da alcuni: se la legge (art. 853) dispone che quando alcuno è istituito erede sotto condizione, non trasmette il diritto ai suoi coeredi, ammettendo invece che morto l'istituito sotto condizione, prendono il suo posto i figli per diritto di rappresentazione, si verrebbe a contraddire alla citata disposizione di legge.

Ma giustamente si risponde che altro è diritto di rappresentazione, altro è il diritto di trasmissione, altro è l'eredità che si adisce iure trasmissionis, altro è quella che si adisce iure representationis.

Quando la legge dice che chi muore prima che si avveri la condizione non trasmette il diritto agli eredi, impedisce che gli eredi dell'istituito possano adire l'eredità iure trasmissionis, ma quando invece

ha luogo il diritto di rappresentazione, colui che esercita questo diritto, come già dicemmo, non esercita un diritto altrui, ma un diritto proprio; chi succede per rappresentazione succede iure proprio, quindi la negazione della possibilità della trasmissione della eredità non importa negazione del diritto di rappresentazione perchè si tratta di due cose ben diverse!

Perciò se si verifica la condizione, i figli del chiamato sub conditione se si trovano in quell'ipotesi di fatto in cui avrebbe luogo in loro favore il diritto di rappresentazione, ove si trattasse di successione ab intestato, succedono per diritto di rappresentazione. In un solo caso si può dire che il testatore abbia voluto eliminare il diritto di rappresentazione, cioè quando abbia imposto all'istituito erede o nominato legatario una condizione che consiste in un fatto eminentemente personale, cioè una condizione che non può compiersi se non unicamente da quella persona. E ciò perchè quando il testatore ha imposto quella condizione, ha dimostrato di avere avuto riguardo esclusivamente a quella data persona e quindi di non volere estendere la sua liberalità ai figli di essa, che non potrebbero adempire la medesima condizione.

Questi sono i casi dubbi in cui si questiona se vi sia o no volontà contraria al diritto di rappresentazione da parte del testatore. Ma c'è un'altra ecc=

zione che fa la legge stessa, la quale dice che il diritto di rappresentazione non è ammesso, indipendentemente dalla volontà del testatore, ed è quando si tratta di lasciti di usufrutto o di uso o di altro diritto di indole personale. Facilmente si comprende la ragione di tale eccezione.
Quando il testatore lascia un diritto di usufrutto ad una persona, la quale premuore o è incapace, i figli di questa, ancorchè si trovino nelle stesse condizioni in cui avrebbe luogo in loro favore il diritto di rappresentazione, se si trattasse di successione intestata, pure non possono pretendere di esercitare quel diritto, appunto perchè il diritto di usufrutto è un diritto personale, come il diritto di uso, e quindi non si possono esercitare per sostituzione

---

## La revoca delle disposizioni testamentarie

### §138. La revoca in generale. - 1°) La revoca espressa.

Ora passiamo all'argomento della revocazione delle disposizioni testamentarie e dei testamenti. Il Codice parla della revocazione dei testamenti e delle disposizioni testamentarie in due luoghi distinti; parla di revocazione delle disposizioni testamentarie al § V della sezione V insieme con

la inefficacia delle disposizioni testamentarie.
Parla poi della revocazione dei testamenti nella sezione IX.
E' opportuno invece raggruppare insieme queste varie disposizioni giacchè si riferiscono ad un unico argomento che è quello della revocazione dei testamenti o delle disposizioni testamentarie. La revocazione dei testamenti è quella che riguarda tutto l'atto giuridico che si chiama testamento; revocazione delle disposizioni testamentarie si ha quando, pur mantenendo in vita l'atto giuridico, vien distrutta qualche disposizione di esso. A questo proposito dobbiamo notare che la revocazione del testamento o delle disposizioni testamentarie non si deve confondere con la inefficacia o caducità, nè colla nullità delle disposizioni. La revocazione delle disposizioni testamentarie presuppone che sia valido il testamento che si vuole revocare; così pure inefficacia o caducità. Tanto l'una che l'altra equivalgono ad impossibilità di esecuzione del testamento o della disposizione testamentaria.
Però quando le disposizioni testamentarie sono caduche o inefficaci, esse non possono essere eseguite per mancanza di quell'estremo di fatto necessario per la esecuzione indipendentemente dalla volontà del testatore; c'è impossibilità di fatto per l'esecuzione o perchè l'istituito è premorto o incapace, o perchè rinunziante, o perchè assente, ecc.

Invece quando si ha revocazione delle disposizioni testamentarie, si ha egualmente impossibilità di esecuzione; ma per una ragione dipendente dalla volontà del testatore: cioè gli estremi di fatto ci sono e sarebbe possibile materialmente mettere in esecuzione la disposizione testamentaria, però il testatore ne ha proibito l'esecuzione.
La nullità poi importa inefficacia per un vizio intrinseco derivante da un fatto contemporaneo o preesistente alla disposizione stessa: la caducità importa inefficacia, ma per l'impossibilità di esecuzione mancando un estremo di fatto necessario; la revoca produce inefficacia, ma per volontà del testatore. Perciò, sebbene in tutte e tre le ipotesi si abbia la stessa conseguenza, cioè inefficacia della disposizione testamentaria, pure le cause che la producono sono ben distinte, talchè non bisogna confondere insieme tre concetti.
Come può avvenire la revoca del testamento o di una disposizione testamentaria? Abbiamo detto che la revoca dipende dalla volontà del testatore; quindi vi sono tre specie di revoca secondo i diversi modi con cui quella volontà si manifesta: revoca espressa, quando la volontà è espressa, revoca tacita quando la volontà si è manifestata in modo indiretto, per mezzo di quelli che si dicono fatti concludenti, revoca presunta o legale quando la legge dispone come se questa volontà

si fosse manifestata.
Parliamo prima della revoca espressa. Qual'è la sua natura? È quella di un atto di ultima volontà, di un atto causa mortis, oppure di un atto tra vivi? Questione non oziosa nè accademica perchè da essa derivano importanti conseguenze pratiche. A prima vista parrebbe che la revoca testamentaria dovesse considerarsi, come il testamento stesso, un atto causa mortis; pure non è così. Infatti, quali sono gli atti causa mortis? Sono quelli che debbono produrre effetto dopo la morte di chi li ha compiuti; invece la revoca del testamento è una dichiarazione di volontà, che produce effetto immediatamente, togliendo forza ad una disposizione testamentaria fin dal momento in cui vien fatta.
Perciò non potendosi dire un atto causa mortis, bisogna ritenerlo un atto tra vivi, giacchè atti tra vivi non sono soltanto i contratti i quali rappresentano la categoria più importante, ma anche gli atti unilaterali.
Dunque la revoca si può considerare un atto tra vivi unilaterale; unilaterale perchè prodotto dalla manifestazione di una sola volontà; atto tra vivi perchè produce efficacia fin dal momento in cui la volontà si manifesta e non al tempo della morte; tanto è vero che se si vuole richiamare in vigore la disposizione revocata, bisogna fare un

nuovo testamento.
Dunque la revocazione produce la sua efficacia im=
mediatamente. Essendo la revocazione espressa in
atto tra vivi, come deve essere fatta? Mentre gli at=
ti in generale possono essere fatti in qualunque for=
ma, la revocazione delle disposizioni testamenta=
rie invece, non può farsi che in una forma solen=
ne; questa forma è prescritta dalla legge, e può
essere un testamento, oppure un atto notarile in
presenza di quattro testimoni (art. 917). Nè faccia
meraviglia se la revocazione che abbiamo detto es=
sere un atto tra vivi, si può fare in forma di te=
stamento, perchè anche quando si fa sotto questa
forma, essa conserva sempre la sua indipenden=
za dalle altre disposizioni testamentarie.
D'altra parte, se la revocazione può essere fatta
in forma diversa del testamento, è chiaro che la
sua essenza non è quella degli atti causa mortis
perchè questi debbono esclusivamente avere la for=
ma del testamento.
Vediamo ora quali sono i requisiti della revocazione
espressa. La legge dice che può farsi con un nuovo
testamento. Si domanda: Che vuol dire la legge
quando dispone che si può fare con un testamento?
Basta la semplice forma esteriore del testamento,
o si richiede anche la sostanza? Io scrivo di mio
pugno sopra un pezzo di carta: "Io N. N. oggi sa=
no di mente, revoco tutti i miei testamenti ante=

rioni" data e firma. Qui si ha la forma del te=
stamento olografo: ma per ciò solo la revocazione
è valida?

Secondo me, quando la legge parla di testamen=
to, ne parla nel senso di atto di ultima volontà,
in cui si dispone dei propri beni per il tempo in
cui si è cessato di vivere. Ora, siccome in quella
carta da me scritta, c'è solo la forma del testa=
mento, e non la sostanza, in quanto che non di=
spongo dei miei beni per il tempo in cui avrò
cessato di vivere, la revocazione è invalida per=
chè non si può dire testamento quella scrittura olo=
grafa che non contenga disposizioni patrimoniali.

Però altri, e sono i più, ritengono che basti la forma
del testamento, ancorchè non si faccia alcuna
disposizione patrimoniale causa mortis; perchè
essi dicono, la definizione che il codice dà del testa=
mento come un atto col quale si dispone dei beni
per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, non
contiene un precetto di legge.

Ma noi rispondiamo che, essendo una definizio=
ne legale e non una definizione scientifica, ha
perciò valore obbligatorio, in quanto in essa sono
espressi i requisiti intrinseci dell'atto causa mor=
tis. Se la legge dice che il testamento è un at=
to in cui si dispone ecc. ecc., vuol dire che non con=
cepisce testamento in cui non si faccia disposizione
patrimoniale. Certamente in un testamento si

possono contenere consigli, avvertimenti, esortazioni, ecc. ma ci deve essere sempre la disposizione di indole patrimoniale.
Perciò se la legge parla di testamento, intende riferirsi al concetto che essa ha dato del testamento, cosicchè la revocazione per essere valida, deve essere contenuta in un atto che abbia la forma e la sostanza del testamento. E che sia così si vede da ciò che la legge dice: "La revocazione può esser fatta con un testamento posteriore o con un atto notarile dinanzi a quattro testimoni", ora, se avesse ritenuto possibile la revoca con un semplice atto scritto datato e sottoscritto (nel che si riassume la forma del testamento olografo) la legge si sarebbe contraddetta, imponendo che se non si vuole fare per testamento, si deve ricorrere ad atto ricevuto da notaio alla presenza di quattro testimoni. Se la legge mette in antitesi la revocazione fatta per testamento e la revocazione per atto notarile, evidentemente non si contenta solo della forma estrinseca del testamento, ma vuole qualche cosa di diverso quando l'atto non abbia altro scopo che la revoca, perchè l'atto ricevuto da notaio innanzi a quattro testimoni, è per la forma ben differente da un testamento olografo segreto o anche pubblico, che abbia la mera forma e non solo la sostanza del testamento.
Poniamo ora che un testamento sia stato revo=

cato con un altro testamento e che questo sia nullo.

Il testamento nullo in cui si contiene la revoca di una disposizione testamentaria precedentemente fatta, avrà efficacia di revoca oppure no?

La questione è molto antica: i giureconsulti francesi distinguevano secondo che il testamento nullo avesse o no la forma necessaria per gli atti notarili tra vivi; poichè se il testamento è nullo in quanto è testamento, ma ha tutti i requisiti per essere atto notarile per sè stante, il testamento nullo, come tale, ha l'efficacia di un atto di revoca, potendo l'atto di revoca farsi in due modi o con la forma di testamento o con atto notarile.

Però vi furono altri che pensarono il contrario per la ragione che la legge mette a disposizione del testatore due forme di revoca, la forma del testamento e quella di atto notarile tra vivi, onde si è prescelta la forma del testamento, si deve seguire la sorte dell'atto la cui forma fu prescelta: quindi se l'atto di revoca è un testamento e non ha la forma propria del testamento, quest'atto essendo nullo come testamento, non potrà produrre l'efficacia di revocare.

Questa opinione è stata seguita dal nostro Codice all'art. 918: "Un testamento nullo non può avere l'effetto di atto notarile per revocare i testamenti anteriori". Come si vede però, questa disposizione è contraria al principio generale per cui

un atto, se non può valere per l'effetto proprio cui era diretto, può valere per gli altri effetti che siano contenuti nell'atto stesso e che siano indipendenti dall'effetto principale.

Abbiamo visto a proposito del testamento segreto, che quando un testamento segreto non può valere come testamento segreto, può valere come testamento olografo quando nella scheda testamentaria si riscontrano i requisiti del testamento olografo. Perciò la disposizione dell'articolo in esame si mostra destituita di buon fondamento. Infatti io troverei giusto che il testamento nullo non abbia forza di un atto di revoca quando è testamento segreto od olografo: il testamento segreto e quello olografo essendo nulli, come tali, non potrebbero avere l'efficacia di atti di revoca, perchè manca ad essi la forma necessaria per gli atti notarili in genere e quella speciale richiesta dalla legge per un atto di revoca non contenuta in un testamento.

Ma se si fa un testamento pubblico innanzi a quattro testimoni che contiene la revoca di disposizioni testamentarie precedenti ed esso è nullo, perchè mancante di uno dei requisiti propri del testamento pubblico come se il notaio non lesse il testamento, o i testimoni non hanno assistito alla lettura del testamento, ecc, ma d'altra parte c'è la presenza del notaio e di quattro testimoni;

evidentemente, secondo il principio generale quest'atto pubblico, nullo come testamento, avendo la forma di atto notarile compiuto dinanzi a quattro testimoni, dovrebbe avere efficacia come revoca. E appunto perchè manca una seria ragione giustificatrice dell'art. 918, nonostante il chiaro significato letterale confermato dai precedenti storici, specie dai lavori preparatori del Codice Albertino; alcuni autori hanno cercato di restringerne la portata. Essi dicono: cosa vuol dire che un testamento nullo non ha l'efficacia di un atto di revoca?

Vuol dire che se il testamento nullo conteneva una disposizione contraria incompatibile col testamento precedente, di modo che si sarebbe avuta una revoca tacita, siccome il testamento è nullo quando è nulla la disposizione, è impossibile parlare di revoca. Quindi, dicono questi autori, l'art. 918 riguarda il caso non già di revoca espressa, ma quello di revoca tacita, oppure il caso in cui ci sia revoca espressa, ma la dichiarazione di revoca sia meramente superflua.

Ma se in un testamento posteriore nullo si contiene la revoca espressa per sè stante, indipendente, di precedenti disposizioni testamentarie, e il testamento pubblico, che la contiene, ha la forma di un atto notarile fatto dinanzi a quattro testimoni, ancorchè non abbia la forma propria

del testamento pubblico, la revoca sarà validamente fatta.

Altri ancora aggiungono che questa disposizione di legge riguarda soltanto il caso del testamento nullo per vizio di forma, ma se il testamento sia nullo per vizio di sostanza, basta che esso abbia i requisiti per gli atti notarili tra vivi dinanzi a quattro testimoni perchè possa produrre gli effetti della revoca. Tutte queste opinioni sono informate al principio generale, ma non tengono conto della contraria volontà del legislatore. Cosicchè anche quando in un testamento pubblico si sia revoca espressa per sè stante, anche se il testamento sia nullo non già per un vizio di forma ma per un vizio di sostanza, la conseguenza è sempre la stessa: esso non varrà come atto di revoca.

Si potrà criticare come arbitraria tale disposizione, ma ita lex scripta est!

Diversamente che nel caso di testamento nullo, segue quando il testamento che contiene l'atto di revoca, è caducato, ossia inefficace per impossibilità di esecuzione. Se in un testamento somigliante si contiene un atto di revoca di un testamento precedente, il fatto che il testamento contenente la revoca non può essere messo in esecuzione perchè l'erede è premorto, o è indegno, o ha rinunziato, o perchè non si è verificata la condizione sospensiva, non importa già che la revoca non ab=

abbia nessuna efficacia; perchè il testamento, es=
sendo valido in se stesso, deve produrre tutti gli
effetti di cui è capace.

Ciò è detto espressamente nell'art. 921. Una
altra questione è quella che riflette la revoca
fatta sotto condizione illecita o impossibile, in
un testamento. Per es: Tizio ha fatto testamen=
to in favore della figlia; poi in un testamen=
to posteriore dice: "Revoco l'istituzione di erede
fatta in favore di mia figlia qualora essa pas=
si a matrimonio o qualora essa si rimariti se
vedova" Si domanda: verificandosi la tra=
sgressione della condizione imposta dal testato=
re, cioè nel caso che la donna si mariti o se ve=
dova si rimariti, la revoca è efficace oppure no?
Alcuni hanno detto: dal momento che per i te=
stamenti vale la regola "conditio vitiatur
sed non vitiat" cioè che la condizione im=
possibile o illecita si considera come non scrit=
ta e quindi rimane valida la disposizione, la
revoca contenuta in un testamento sarà effica=
ce anche se fatta sotto condizione impossibile o
illecita.

Quindi nell'esempio addotto, dovendo considerar=
si come non scritta la condizione: "se si marita
o se, vedova, si rimarita" la revoca è valida giac=
chè si ha come fatta puramente e semplicemente.
Tanto vale dire: "Revoco la precedente disposizio=

ne se mia figlia si marita o se vedova si rimarita„ la revoca è valida giacchè si ha come fatta puramente e semplicemente.
Tanto vale dire: "revoco la precedente disposizione se mia figlia si marita o se vedova si rimarita„ quanto vale dire semplicemente: "revoco la precedente disposizione„.
Ma questa conseguenza è assurda ed è contraria non solo al principio generale che la condizione affetta tutta la disposizione; ma è anche contraria allo scopo che il legislatore si propone arrecandosi eccezione per i testamenti. Perchè il legislatore pose quella norma eccezionale? Per favorire le disposizioni testamentarie cioè per far sì che la liberalità fatta dal testatore fosse rispettata: invece qui si raggiungerebbe l'effetto opposto cioè la distruzione della liberalità del testatore: quindi anche in base a questa considerazione di ordine pratico, non è da ammettersi nel caso nostro che condictio vitiatur et non vitiat. Ma poi c'è anche una ragione di ordine giuridico, ed è che la revoca per se stessa non può considerarsi come una disposizione testamentaria; essa considerata astrattamente dall'atto in cui si trova, non è che una dichiarazione di volontà tra vivi e tale essendo, deve seguire le regole di tutte le dichiarazioni di volontà tra vivi; quindi se a questa dichiarazione di volontà è apposta una condizione impossibile o il=

lecita, tutta la dichiarazione è nulla. Perciò nel caso da me presentato, la revoca compiuta da Tizio sotto la condizione che la figlia non si mariti o se vedova non si rimariti, è nulla, cosicchè la figlia, maritandosi o rimaritandosi, potrà conseguire l'eredità come se la revoca posteriore non fosse stata mai fatta.

Revocato il testamento con atto notarile dinanzi a 4 testimoni, sia per mezzo di un altro testamento, tutto il testamento precedente è distrutto, oppure restano salve alcune disposizioni? Supponiamo che nel testamento precedente revocato oltre le disposizioni *mortis causa* vi siano altre dichiarazioni che possono farsi per atto tra vivi, come il riconoscimento del figlio naturale o la confessione dei debiti; il testamento che le contenga, revocato che sia, produce o no effetti giuridici come riconoscimento di figlio naturale o come confessione di debiti? Senza dubbio sì, poichè la revoca è un atto che ha per oggetto solo le disposizioni testamentarie, in quanto soltanto queste sono per loro natura revocabili; ma se la revoca si volesse applicare alle dichiarazioni di volontà, che per loro natura non sono revocabili, si verrebbe a violare la legge. Quando alcuno riconosce un figlio naturale o fa una confessione di debiti, compie atti che, pur essendo dichiarazioni di volontà unilaterale, non sono revocabili. È un principio questo che il nostro Co-

dice sancisce a proposito della confessione (art. 1360) la quale non si può ritrattare in qualunque modo, sia fatta oralmente o per iscritto.
Perciò anche il testamento revocato produce la sua efficacia rispetto a quelle disposizioni che per la loro stessa natura giuridica non sono revocabili.
La revoca fatta con un testamento può alla sua volta revocarsi. Io revoco il testamento, dopo mi pento di averlo revocato e voglio che torni in vigore l'antico testamento revocato: ciò posso fare perchè ambulatoria est voluntas hominis usque ad mortem. Ma che cosa debbo fare per richiamare in vigore le disposizioni testamentarie già revocate?
Basta la semplice dichiarazione di revocare la revoca fatta, oppure è necessario riprodurre in un nuovo testamento le disposizioni che con la mia revoca ho distrutto? Astrattamente parlando si potrebbe dire che basti la revoca della revoca; perchè la revoca della revoca distrugge quell'ostacolo che lo stesso testatore ha posto all'efficacia della disposizione di sua ultima volontà; ma così non è pel diritto positivo. Le disposizioni testamentarie, dice la legge, già revocate non possono farsi rivivere se non mediante un nuovo testamento (art. 919) Quindi si vede la differenza che passa tra revoca del testamento e ritrattazione di questa revoca. La revoca del testamen=

to si può fare in due modi, o con un altro testamento o con un atto notarile dinanzi a quattro testimoni; invece la revoca della revoca non si può fare che con un testamento.
Quindi anche se la revoca del testamento sia stata fatta con atto notarile dinanzi a quattro testimoni, per distruggere questa revoca, non basta un altro atto notarile di somigliante natura, ma occorre il testamento. Su ciò non v'ha dubbio. Ma che vuol significare la legge quando dice che le disposizioni revocate non si possono fare rivivere se non con un nuovo testamento?
Vuol che basta che la revoca della revoca abbia la forma di testamento; o è necessario che il testamento contenente la revoca della revoca abbia la sostanza del testamento cioè riproduca le stesse disposizioni testamentarie che si vogliono fare rivivere? In altri termini: basta fare un testamento in cui si dice: "Revoco la revoca del testamento fatto il giorno tale e mi rimetto interamente al testamento revocato", oppure è necessario ripetere le disposizioni testamentarie revocate?
Secondo me è necessario ripetere le disposizioni testamentarie revocate, perchè la lettera della legge è molto chiara: essa non dice che basta revocare la revoca fatta con un testamento, ma dice che "non si possono fare ri=

vivere le disposizioni testamentarie revocate se non con un nuovo testamento" ciò dicendo, significa che in questo nuovo testamento debbono essere riprodotte le disposizioni testamentarie revocate che si vogliono far rivivere. Perciò non basta dire: "Revoco la revoca fatta e mi richiamo al testamento revocato" perchè così le antiche disposizioni non rivivono con un nuovo testamento come vuole la legge.

Ma oltre a ciò vi ha un'altra considerazione. Se la legge avesse permesso il semplice richiamo al testamento revocato, non si capirebbe perchè abbia preteso la necessità che la revoca della revoca si faccia con un testamento; invece avrebbe dovuto contentarsi come si contentò per la revoca del testamento, anche di un atto notarile fatto dinanzi a quattro testimoni.

Infine c'è un'altra ragione, di cui abbiamo fatto cenno a suo tempo, parlando del testamento per relationem. Se fosse permesso dire: "Revoco la revoca fatta e ritengo qui come riprodotto l'antico testamento" non si avrebbe che un testamento per relationem, cioè io non manifesterei la mia volontà in un atto testamentario, ma mi riferirei ad un atto testamentario che per la revoca ha perduta tale natura ed è divenuta una scrittura materiale qualsiasi onde verrò a fare non altro che un testamento

per relationem il che non si può. È bene però avvertire che molti autori seguono la contraria opinione.

---

§ 139. La revoca tacita.

Oltre la revoca espressa di cui abbiamo parlato, c'è la revoca tacita la quale può avvenire in diversi modi. Un primo modo è quello della contrarietà o incompatibilità tra le disposizioni contenute in due testamenti di data diversa. Il compiere un testamento posteriormente ad un altro, non vale per se stesso revoca se non contenga nulla di contrario o incompatibile col primo. Per diritto romano invece bastava il fatto dell'esistenza di un testamento posteriore, perchè il primo si considerasse come revocato; il che dipendeva dalla necessità della istituzione di erede; dovendo il secondo testamento per essere tale, contenere una istituzione di erede diversa da quella contenuta nel primo, bastava questo perchè il primo fosse distrutto. Ma nel diritto nostro in cui i testamenti non sono altro che gli antichi codicilli dei romani, onde non c'è la necessità della istituzione di erede e perciò la validità del testamento non dipende dall'istituzione di erede, doveva logicamente ammettersi la possibilità dell'esistenza di più testamenti aventi data diversa, senza

che il posteriore revochi per se stesso l'anteriore.
Adunque, perchè un testamento posteriore possa revocare l'anteriore, è necessario che vi sia tra le disposizioni contenute in questi testamenti o contrarietà o incompatibilità. Art. 920: "Il testamento posteriore che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla in questi soltanto le disposizioni che si trovassero contrarie alle nuove o incompatibili con esse". Si attua così lo stesso criterio che vale per l'abrogazione tacita delle leggi.
Una legge deroga ad un'altra legge tacitamente, quando nella legge posteriore si trovano disposizioni incompatibili con quelle contenute nella legge anteriore e nei limiti di questa incompatibilità.
Però l'art. 920 parla di contrarietà o di incompatibilità. A prima vista queste parole sembrano sinonime, e sono in realtà, ma il legislatore le adoperò per significare due cose diverse come si rileva dai lavori preparatori.
Si ha contrarietà quando c'è impossibilità logica di applicare nel tempo stesso le disposizioni del primo testamento e quelle del secondo. Invece l'incompatibilità non è la contradizione logica tra due disposizioni, ma piuttosto incoerenza, disarmonia tra le disposizioni di un testamento e quelle di un altro, fondata sulla intenzione del testatore. Cosicchè la contrarietà sareb-

be una incompatibilità obbiettiva, reale, invece l'in=compatibilità di cui parla la legge è quella che i giuristi chiamano subbiettiva o intenzionale.

Facciamo un esempio: In un primo testamento si è detto: "Lascio la proprietà del fondo Tusculano a Tizio"; in un testamento posteriore è detto: "Lascio l'usufrutto del fondo Tusculano a Tizio". Queste due disposizioni non possono essere applicate contemporaneamente per la contraddizione che non lo consente, perchè o si è proprietario pieno o si è usufruttuario, non potendo alcuno essere proprietario pieno e nudo usufruttuario nel tempo stesso.

Ora se in un testamento si dà la proprietà piena ed in un altro l'usufrutto, la prima delle due disposizioni deve essere eliminata, giacchè la volontà posteriore prevale sull'anteriore. In un testamento è stato istituito erede universale Caio, in un altro è stato istituito erede di tutto l'asse Sempronio. Evidentemente, siccome tutti e due non possono essere eredi di tutto l'asse, il testamento anteriore sarà revocato dal testamento posteriore.

Questi sono i casi di incompatibilità materiale in cui si applica il principio logico della contraddizione.

Ma invece ci sono tanti altri casi in cui non c'è assoluta incompatibilità logica, ma solo incompatibilità relativa, avuto riguardo all'intenzi=

ne del testatore.

In un primo testamento si lascia Tizio erede senza alcun peso: in un secondo testamento non si parla più di Tizio erede, ma si fa una serie di legati. C'è incompatibilità logica tra il preesistente erede universale e l'esistenza dei legati? Non c'è astrattamente contraddizione, ma se nel caso concreto tutto l'asse ereditario sia stato esaurito pei legati, di modo che all'erede istituito nell'anteriore testamento non resta che un vano nome, si può dire che vi sia incompatibilità intenzionale o subbiettiva; e che perciò col secondo testamento il testatore ha voluto distruggere il primo.

Quindi mentre nel caso della contrarietà, non si tratta che di applicare un principio generale, nel caso di incompatibilità intenzionale, bisogna badare all'insieme delle circostanze di fatto per decidere se il secondo testamento, secondo la mente del testatore, doveva o no coesistere accanto al primo.

Quindi l'indagine è rimessa all'apprezzamento incontrollabile del magistrato di merito, giacchè non si può dare un criterio assoluto per sapere quale sia stata l'intenzione del testatore.

Che cosa avverrà quando l'incompatibilità materiale o l'incompatibilità intenzionale risulti da due testamenti aventi pari data?

Se i due testamenti sono fatti per atto pubblico, allora, siccome la legge notarile prescrive che bi=

sogna segnare anche l'ora, sarà facile vedere quale sia l'anteriore e quale il posteriore.

Ma se entrambi sono testamenti olografi che non portano l'indicazione dell'ora, ma solo la data dello stesso giorno, e in essi si trovano disposizioni contrarie o per lo meno incompatibili intenzionalmente, quale soluzione bisogna accogliere? Quale sarà il testamento revocato?

Dal momento che non c'è un primo e un secondo testamento, tutti e due i testamenti, per le parti in cui si rivela la contrarietà, si distruggono a vicenda, perchè la contraddizione che esiste tra le disposizioni dell'uno e quello dell'altro importa eliminazione reciproca, non potendo l'uno prevalere sull'altro in quanto che non si può dire che uno sia posteriore all'altro.

Un altro modo di revoca tacita, di cui non si occupa il Codice, ma di cui si occuparono i giureconsulti romani e di cui si occupa la dottrina e la giurisprudenza, è la distruzione materiale del testamento, distruzione che può avverarsi in vari modi: o con la lacerazione del testamento, o con la cancellazione, o con altro modo qualsiasi atto a denotare la volontà di sopprimere l'atto del testamento. Come si comprende però, questo modo di revoca può avvenire soltanto per il testamento olografo e per il testamento segreto: mentre per il testamento pubbli=

co è difficile che avvenga, in quantocchè l'originale del testamento pubblico è conservato nel repertorio degli atti notarili; ciò però non toglie che se si verificasse la distruzione, essa avrebbe lo stesso effetto che per i testamenti olografi e segreti.
La distruzione degli atti testamentari è un fatto più che concludente per dimostrare la volontà del testatore di revocare ciò che è contenuto nel testamento, anzi è una dichiarazione di volontà che si manifesta in modo più energico della revoca espressa, perchè la revoca espressa non viene a distruggere il testamento precedente come atto materiale, ma solo i suoi effetti giuridici.
Ma la distruzione materiale di un testamento con la lacerazione, con l'incendio, o anche con la semplice cancellazione (trattandosi di testamento olografo) può essere opera dello stesso testatore oppure opera di un terzo o del caso fortuito.
Se è compiuta da un terzo o è avvenuta per un caso fortuito, evidentemente la revoca non ha luogo, perchè in questo caso si applica l'articolo 1348 Codice civile (come a suo tempo vedemmo) da cui si rileva che anche quando si tratta di atto che richiede la forma scritta ove la scrittura sia distrutta per caso fortuito, si può provarne l'esistenza e il contenuto a mezzo di testimoni. Ma equivale a revoca solo quando sia

stata compiuta dal testatore stesso, o da altri per suo incarico coscientemente e volontariamente.
Chi deve provare la volontà del testatore? Bisogna in ciò applicare il principio generale che chi pretende un diritto deve farne la prova.
Perciò quando, poniamo, il testamento olografo è stato distrutto con la cancellazione, l'erede istituito nel testamento non può dire: "io da questo testamento cancellato risulto erede e quindi pretendo far valere il mio diritto" e tocca all' interessato in contrario il provare che fu per volontà del testatore cancellato. Evidentemente quando c'è un testamento olografo ma cancellato, il fatto della cancellazione è per se stesso tale che per lo meno fa nascere il dubbio se la cancellazione fu fatta dal testatore oppure no; quindi chi pretende un diritto in base a questo testamento cancellato deve eliminare questo dubbio, provando che, sebbene il testamento apparisca cancellato, pure la cancellatura non fu opera del testatore, ma opera di un terzo o del caso fortuito.
Un altro modo di revocare tacitamente il testamento, è il ritiro del testamento olografo o del testamento segreto che si trova presso il notaio (art. 922).
Però a questo riguardo bisogna distinguere testamento olografo e testamento segreto. Il testatore che ritira dal notaio il testamento segreto, senza dubbio in questo modo manifesta la volontà di revocare;

perchè il testamento segreto in tanto può produr= re la sua efficacia giuridica, in quanto si trova u= nito all'atto di ricevimento che si trova presso il notaio; ma se il testamento segreto si separa dal= l'atto di ricevimento e viene preso dal testatore, evi= dentemente la scheda testamentaria non ha ef= ficacia giuridica.

Perciò il semplice fatto del ritiro del testamento segreto equivale a revoca tacita. Non è così però per il testamento olografo; quando il testatore ritira il testamento olografo che egli aveva depositato pres= so il notaio, non si può dire che manifesti in modo non equivoco la volontà di revocare il testamen= to. Il testamento olografo, per la sua efficacia giu= ridica può trovarsi, o depositato presso un notaio, o depositato nelle mani di un terzo, o conservato dal testatore; quindi il semplice atto di ritiro del testa= mento olografo può interpretarsi in vari sensi; o che il testatore non abbia più fiducia nel notaio, o che voglia rileggerlo, come può anche avere lo scopo della revoca. Invece se il ritiro è seguito dalla cancella= zione, allora è evidente l'intenzione del testatore di revocarlo; ma il semplice fatto di ritiro per il testamento olografo, non importa revoca.

La legge determina poi le condizioni con cui si deve fare questo ritiro: "Per cura del notaio si stenderà processo verbale della restituzione in presenza del testatore e di due testimoni con l'in=

tervento del pretore del mandamento, il pretore deve particolarmente accertarsi dell'identità della persona del testatore".
È necessario accertarsi di questa identità, perchè altrimenti, chiunque spacciandosi per il testatore potrebbe ritirare un testamento e distruggerlo. "Il processo verbale di restituzione sarà sottoscritto dal testatore, dai testimoni, dal pretore e dal notaio; se il testatore non può sottoscrivere, se ne farà menzione".
Qualora il testamento fosse depositato in pubblico archivio, il verbale sarà steso dall'ufficiale archivista, con l'intervento del pretore del mandamento, sottoscritto dal testatore, dai testimoni, dal pretore e dall'ufficiale medesimo. Il processo verbale menzionato nelle precedenti disposizioni, sarà conservato nelle forme stabilite dai regolamenti, e si apporrà nota dall'eseguita restituzione del testamento in margine od in calce dell'atto di consegna o di deposito. Da quest'ultimo capoverso si rileva che quando si ritira il testamento segreto dal notaio non viene restituita che la scheda testamentaria mentre l'atto di consegna o di ricevimento resta presso il notaio tanto è vero che al margine o in calce si deve annotare il ritiro avvenuto. Un altro modo di revoca tacita delle disposizioni testamentarie, è quello indicato dall'art. 892 in cui se ne contemplano due casi; alienazione e trasformazione della

sa legata. Questo modo di revoca tacita riguarda solamente i legati, non già le istituzioni di erede. Quando alcuno è istituito erede, ancorchè le cose che erano nel patrimonio del testatore al tempo del testamento, non vi si trovano più al tempo della sua morte per un'alienazione sopravvenuta, c'è sempre l'eredità, la quale non è la somma di queste o quelle cose determinate, ma è una *universitas iuris*.

Quand'anche perciò tutte le cose che esistevano al tempo in cui fu fatto il testamento siano state alienate, il fatto dell'alienazione non può importare revoca della istituzione di erede perchè non è incompatibile il fatto della alienazione dei singoli beni colla volontà di mantenere l'istituzione di erede.

Perciò l'alienazione è un modo di revoca tacita solo quando la cosa alienata è oggetto di legato, poichè il fatto dell'alienazione è tale che per se stesso manifesta l'intenzione del testatore di non volere concedere più il beneficio dato nel testamento; cioè vi ha contraddizione fra la volontà di dare il beneficio derivante dal legato e nel tempo stesso di sottrarre al patrimonio la cosa legata. Ciò posto si deriva che tale modo di revoca tacita non solo riguarda esclusivamente i legati, ma ancora si riferisce soltanto ai legati di specie e di cose determinate.

Se uno ha fatto un legato di quantità, di una somma di danaro, ancorchè al tempo in cui muore

non si trova quella data quantità di cose o di denaro; ciò non importa revoca del legato, giacchè si può sempre trovare una quantità eguale di danaro o di cose, tranne che non sia stato fatto un legato di quantità che si trovi in un dato luogo, nel qual caso anche la quantità della cosa viene ad essere circoscritta e determinata, come la species

Dunque due sono i requisiti perchè si avveri questo modo di revoca tacita: che si tratti di legato e che la cosa legata sia determinata. La legge dice che l'alienazione produce la revoca, ma quale alienazione? Qualunque alienazione, cioè non solo la alienazione della piena proprietà, ma anche la alienazione parziale. Perciò, se l'alienazione è parziale, sarà anche parziale la revoca, e al legatario spetterà quel diritto che ancora rimane nel patrimonio del testatore. Se la cosa legata è donata o venduta in piena proprietà, evidentemente il legatario non avrà niente, essendo stato il legato revocato per intero: invece, se sulla cosa legata il testatore impone un peso, come una servitù, una ipoteca, un diritto di usufrutto, al legatario spetterà ciò che rimane dopo quella imposizione. Così se il testatore ha concesso un diritto di usufrutto sulla cosa, a lui spetterà la nuda proprietà finchè l'usufrutto duri: se ha concesso una servitù, a lui spetterà la cosa gravata di quell'onere, se ha concessa una ipoteca, gli spetterà la cosa gra-

vata di quell'ipoteca. Ancora c'è sempre revoca, sia che si tratti di alienazione a titolo gratuito o di alienazione a titolo oneroso.
Solo si fa questione se la costituzione in dote della cosa legata importi revoca o no. Se la costituzione di dote è fatta dal testatore alla figlia o ad altra persona, evidentemente importa revoca: perchè la costituzione di dote fatta da un terzo non è che una donazione, e su ciò non v'ha dubbio.
Il dubbio è sorto per la costituzione di dote che la donna faccia a se stessa. La donna ha fatto testamento e ha dato in legato alcune cose mobili o immobili. Dopo il testamento che contiene il legato, la donna si costituisce in dote tutti i suoi beni, oppure si costituisce specialmente quei beni che sono stati oggetti del legato.
Si domanda: la costituzione di dote che la donna fa a se stessa importa o no revoca del legato? Chi risponde affermativamente, chi negativamente. Ma la questione secondo me non ha ragione di essere: la costituzione di dote che la donna fa a se stessa in sè considerata, non è un'alienazione; poichè quando la donna costituisce la dote a se stessa non trasmette nessun diritto ad alcuno; essa non fa altro che imprimere un vincolo sui beni che si costituisce in dote; cioè destina questi beni ad uno scopo speciale da cui non possono essere distratti: impone il vincolo di inalienabi=

lità che dura fin quando dura il matrimonio; ma ciò non importa alienazione dei beni oggetto del legato, i quali al tempo della morte della donna che se li è costituiti in dote, vengono a trovarsi liberi da quel vincolo.
Ciò posto, non si può dire che vi sia revoca del legato, perchè il legatario potrà benissimo impadronirsi di quei beni al tempo della morte della testatrice. Però per eccezione anche la costituzione di dote che la donna fa a se stessa, può importare alienazione e conseguente revoca del legato.
Questo avviene quando la costituzione di dote ha per oggetto beni mobili, i quali beni, tranne patto in contrario, passano in proprietà al marito che diviene debitore verso la moglie del loro prezzo (art. 1401). In questo caso è evidente che la costituzione di dote equivale ad alienazione. Inoltre se la costituzione della dote ha per oggetto beni immobili, sebbene di regola questi non passano in proprietà al marito, pure si intendono trasferiti se c'è stata stima e inoltre l'espressa dichiarazione che la stima è fatta *venditionis causa* (art. 1402); onde anche in questo caso vi ha revoca del legato. Quindi, tranne questi casi speciali, in cui avviene passaggio di proprietà dei beni dotali della moglie al marito, in tutti gli altri la costituzione di dote che la donna fa a se stessa, non importando alienazione, non pro-

duce revoca del legato che abbia per oggetto i beni dotali. L'alienazione produce la revoca del legato a chiunque sia stata fatta, senza distinzione alcuna, tranne però che l'alienazione abbia avuto luogo a favore dello stesso legatario.
Tale alienazione può essere o a titolo gratuito o a titolo oneroso. Supponiamo che il testatore, dopo avere scritto il testamento legando una cosa a Tizio, ne faccia donazione allo stesso legatario. In questo caso si può dire che c'è revoca del legato? No, c'è piuttosto un anticipato godimento del legato, giacchè non c'è contraddizione tra il fatto del legato e il fatto della donazione, ma c'è pieno accordo; c'è rafforzamento della volontà manifestata dal testatore, in quanto questi invece di beneficare il legatario dopo la morte, lo benefica durante sua vita; quindi l'alienazione a titolo gratuito fatta a favore dello stesso legatario, non importa revoca. Vediamo invece se importa revoca l'alienazione a titolo oneroso.
Il testatore, dopo avere assegnato a titolo di legato un immobile a Tizio, glielo vende o fa con lui un contratto di permuta. Questa alienazione a titolo oneroso, importa o no revoca? A prima vista potrebbe parere di sì, ma dall'art. 843 capoverso si desume che nemmeno in questo caso c'è revoca.
Infatti in questo articolo si dice: "È nullo il legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testamento,

era in proprietà del legatario. Che se questi l'ha acquistato di poi dal testatore o da altri ha diritto al prezzo qualora concorrano le circostanze espresse nell'art. 837 e nonostante ciò che è stabilito dall'articolo 892, salvo che la cosa in ambidue i casi fosse pervenuta al legatario a titolo meramente gratuito.

In questo articolo si fanno due ipotesi: l'ipotesi che il legatario abbia acquistato la cosa legata dallo stesso testatore, e l'ipotesi che l'abbia acquistata da un terzo; se l'ha acquistata da un terzo, vuol dire che essa non era del testatore, e in questo caso morendo il testatore, ha diritto al prezzo della cosa, se concorrono, dice la legge, le circostanze indicate nell'art. 837, per la validità del legato di cosa altrui (cioè che dal testamento risulti che il testatore sapeva trattarsi di cosa altrui).

Si fa poi l'altra ipotesi, che bisogna tenere distinta dalla prima, che cioè il legatario abbia acquistata la cosa legata dallo stesso testatore: in questo caso senza limitazione di sorta, egli ha diritto al prezzo della cosa.

Perciò il fatto dell'alienazione a titolo oneroso della cosa legata fatto allo stesso legatario non importa revoca del legato, ma importa mutamento dell'oggetto del legato; cioè il legatario, invece di avere la cosa in natura, avrà il prezzo equivalente. Quindi mentre in generale l'alienazione della cosa legata a qualunque persona sia fatta, importa revoca del

legato, non l'importa qualora l'alienazione sia stata fatta al legatario stesso sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso.

Ancora l'alienazione produce la revoca, tanto si fatta puramente e semplicemente che sotto condizione. Su questo punto gli autori sono discordi perchè alcuni distinguono se si tratta di condizione sospensiva o di condizione risolutiva. Se si tratta di condizione sospensiva, non si può dire che l'alienazione importi revoca, perchè l'alienazione fatta sotto condizione sospensiva produce la sua efficacia solo allorchè la condizione si verifica: quindi solo se la condizione si è verificata si avrà la revoca, ma se non si è verificata, l'alienazione non importa revoca. Invece quando l'alienazione è fatta sotto condizione risolutiva, allora senza dubbio la alienazione importa revoca perchè l'alienazione sotto condizione risolutiva produce efficacia immediata: perchè dal momento in cui il contratto è conchiuso, l'acquirente è divenuto pieno proprietario.

Ma questa distinzione non è da accogliersi, perchè il principio su cui si fonda la legge, è quello dell'incompatibilità tra la volontà di legare ad una persona una data cosa e la volontà di alienarla. Che cosa dimostra il testatore, quando aliena una cosa che ha voluto prima legare ad una persona, avvenga pure questa alienazione

sotto condizione sospensiva? Dimostra di non volere più rispettare il legato fatto.
Quindi poco importa che la condizione sia sospensiva o risolutiva, e nel caso che sia sospensiva, che si verifica o no: dacchè non al risultato pratico della alienazione badò il legislatore, ma alla volontà con essa dimostrata. Il Codice aggiunge che l'alienazione importa revoca "anche se fatta con patto di riscatto". Perchè? Perchè c'era dubbio sotto l'impero di precedenti legislazioni se il patto di riscatto importasse volontà di alienare, giacchè si diceva: chi aliena col patto di riscatto non ha la volontà piena di disfarsi della cosa, perchè si riserva il diritto di riprenderne la proprietà di essa, quindi non si può dire che ci sia incompatibilità tra la vendita di una cosa fatta col patto di riscatto e il legato della medesima disposto nel testamento.
Il nostro codice però ha troncato la questione disponendo che la vendita fatta col patto di riscatto importa revoca del legato.
Abbiamo detto che l'alienazione della cosa legata, qualunque essa sia, produce la revoca del legato; ma perchè produca tale effetto, è necessario che sia un'alienazione volontaria, perchè essa deve essere un fatto tale da esprimere indirettamente la volontà del testatore contraria a quella manifestata nel testamento.
Perciò, se si tratta di alienazione non volontaria,

ma di una alienazione forzosa, non si ha l'effet=
to della revoca. Un immobile è espropriato dai
creditori o è espropriato per pubblica utilità; op=
pure le cose legate dal testatore sono vendute dal
tutore di lui (sia perchè è ancora minore, sia per=
chè venne posteriormente interdetto) con l'autoriz=
zazione del consiglio di famiglia o di tutela e
omologazione dal tribunale.
Queste alienazioni che avvengono senza la volontà
del testatore o forse anche contro la sua volontà, non
possono importare revoca del legato; perchè non vi
è un atto volontario, un atto che dimostri, sia pu=
re indirettamente la volontà di revocare il legato.
Diverse sono le conseguenze che derivano dalla alie=
nazione forzosa, e da quelle che derivano dalla a=
lienazione volontaria: onde bisogna tenerle ben
distinte. Certamente se la cosa non si trova nel
patrimonio del testatore al tempo della sua mor=
te, il legato non ha effetto; sia stata l'alienazio=
ne volontaria o forzosa; ma se la cosa si tro=
va nel patrimonio del testatore al tempo della
sua morte, la conseguenza è diversa.
Se l'alienazione è volontaria e quindi vi è revo=
ca tacita del legato, ancorchè la cosa prima lega=
ta e poi alienata volontariamente si trovi per
una ragione qualsiasi ritornata novellamente
nel patrimonio del testatore, il legatario non ha
diritto a niente; invece se la cosa prima legata

e poi alienata formatamente, rientri nel patrimo=
nio del testatore, essa apparterrà al legatario.
La legge ancora dice che l'alienazione importa
revoca anche se sia nulla (art. 892). A prima vi=
sta può parere strano come mai un'alienazione
nulla possa importare revoca. Ma non è così: per=
chè l'alienazione intanto produce revoca del lega=
to, in quanto la volontà di alienare contraddice
a quella di mantener fermo il legato. Non è l'a=
lienazione per se stessa che produce revoca; perchè
se così fosse, anche l'alienazione formata la pro=
durrebbe, ma l'alienazione intanto produce la
revoca, in quanto è volontaria.
Ciò posto basta che l'alienazione sia volontaria,
ancorchè sia nulla, cioè ancorchè dal contratto
non derivi il trasferimento di proprietà dal te=
statore ad un terzo per una ragione qualsiasi
di nullità, perchè questo contratto possa valere
come atto di manifestazione di volontà del
testatore da cui risulti la revoca del legato.
Però, basandoci su questo principio non possia=
mo dire che ogni alienazione nulla produca
la revoca del legato, come parrebbe stando alla
lettera della legge, che non distingue tra le va=
rie cause di nullità; ma dobbiamo distingue=
re, per non fare cadere la legge in contraddi=
zione con sè medesima.
Se noi abbiamo detto che l'alienazione della

cosa legata importa revoca del legato in quanto manifesta volontà contraria del testatore, vuol dire che bisogna che ci sia una manifestazione valida di volontà: quindi non ogni alienazione nulla è atta a produrre la revoca, ma soltanto quella affetta di nullità che non influisca sulla manifestazione di volontà.

Poniamo il caso che la vendita di un immobile legato sia fatta verbalmente; si può dire che questa alienazione, che è nulla senza dubbio, importi revoca del legato?
No perchè qui c'è inesistenza giuridica della volontà contraria; c'è una volontà di fatto, ma non c'è una volontà manifestata in modo da produrre effetti giuridici; perciò la nullità dipendente dalla mancanza della forma richiesta ad substantiam per l'alienazione, non può importare revoca del legato. Segue lo stesso effetto che si avrebbe se il testatore avesse detto a voce dinanzi a testimoni: "Io ho fatto un legato, ma voglio revocarlo."
Questa volontà così dichiarata non sarebbe sufficiente a produrre la revoca del legato, perchè non manifestata nelle forme di legge, occorrenti per la revoca espressa. Ancora, il testatore ha legato un fondo; poi per errore, scambiando una cosa per un'altra, ha alienato il fondo legato, mentre intendeva alienarne un altro,

oppure è stato indotto a vendere quel dato fon=
do per violenza o per dolo: l'alienazione annul=
labile per errore, violenza o dolo, si può dire effica=
ce a produrre la revoca?
No certamente, perchè come l'errore, la violenza
e il dolo viziano la volontà contrattuale, così vi=
ziano la dichiarazione tacita di revocare; in=
quanto che il testatore, non avendo volontà pie=
na di alienare, non si può dire che abbia volu=
to con l'alienazione revocare il legato. Quindi
soltanto quando si tratta di nullità che non in=
fluisca sull'esistenza giuridica e sulla validità
della volontà, si può dire che l'alienazione anche
nulla, produce l'effetto giuridico della revoca.
Così per esempio: se il minore che ha raggiun=
to il 18° anno, dopo aver fatto testamento, fa da
sè un atto di alienazione, l'alienazione potrà an=
nullarsi per incapacità: ma l'incapacità non
è un vizio di volontà, e quindi in questo caso pro=
durrà revoca del legato, inquantochè egli, alie=
nando, ha dimostrato una volontà seria di re=
vocare il legato.
Adunque, sebbene la legge parli in generale di
alienazione nulla che produce l'effetto della revo=
ca, bisogna distinguere tra le varie cause di nul=
lità. A questo proposito si questiona intorno al
caso che l'alienazione non sia nulla, ma sia
simulata. Per es. Tizio ha legato un immobi=

le a Caio; dopo vende l'immobile a Sempronio, ma simulatamente, cioè egli non intende vendere, e l'altro non intende comprare, ma entrambi fingono la compra-vendita, per frodare i creditori. La simulazione, si domanda, importa o no revoca? L'alienazione simulata si può equiparare alla alienazione reale?

Gli autori sono discordi. Volendo stare alla lettera della legge, l'alienazione simulata dovrebbe produrre la revoca, perchè se la legge dice che l'alienazione anche nulla, produce revoca, l'alienazione simulata, essendo nulla, dovrebbe produrre lo stesso effetto. Pure non sempre è così. Perchè quando io ho compiuto un atto di vendita simulata dell'oggetto legato, per frodare i miei creditori, non si può dire che io abbia avuto la intenzione di toglierlo al legatario: anzi ho avuto intenzione di conservarlo, perchè altrimenti i miei creditori l'avrebbero espropriato, e il legatario non avrebbe avuto niente.

La simulazione dell'alienazione non include sempre e necessariamente l'intenzione di revocare il legato: quindi bisogna vedere nei singoli casi quale scopo si propose l'autore dell'alienazione simulata: solo se si può argomentare dall'insieme di circostanze di fatto che lo scopo fu quello di non far comparire il bene nel compendio ereditario, si ha revoca tacita; ma se ebbe tutt'al=

troscopo, l'alienazione simulata non produce tale effetto.
Ma, oltre l'alienazione della cosa legata, anche la trasformazione di essa importa revoca tacita. Se alcuno ha legato del legname grezzo e poi di questo ha fatto un mobile, evidentemente al tempo della sua morte, non trovandosi più l'oggetto del legato allo stato in cui fu lasciato, ma trasformato, la trasformazione dimostra nel testatore la volontà di revocare, in quanto che il fatto della trasformazione voluta dal testatore, è incompatibile con la volontà di mantener fermo il legato. In tutti i casi in cui ci è trasformazione della cosa legata in modo tale che essa abbia mutato di figura e di nome, si ha revoca del legato.
Insomma si applicano alla trasformazione gli stessi principii che valgono per l'alienazione.

---

§ 140 - La revoca legale per sopravvegnenza di figli -

Passiamo ora ad un'altra specie di revoca, cioè alla revoca presunta o, per dir meglio, alla revoca legale. L'art. 888 dice: "Le disposizioni a titolo universale o particolare fatte da chi al tempo del testamento non aveva od ignorava di avere figli o discendenti, sono revocate di diritto

per l'esistenza o la sopravvegnenza di un figlio o discendente legittimo del testatore, benchè postumo, o legittimo o adottivo.
Lo stesso ha luogo ancorchè il figlio fosse concepito al tempo del testamento, e trattandosi di figlio naturale legittimato, ancorchè fosse già stato riconosciuto dal testatore prima del testamento, e soltanto legittimato dopo. La rivocazione non ha luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi.
Nel Diritto Francese non si trova questa specie di revoca che invece fu introdotta dal Codice parmense e dall' Albertino. È questo un istituto che si riattacca, sebbene lontanamente e per via indiretta alla *ruptio testamenti agnatione posthumi* del diritto romano, che però aveva diverso fondamento e diversa portata della revoca legale accolta dal nostro Codice. Per diritto romano tutti i figli o i discendenti dovevano essere istituiti eredi espressamente, o espressamente diseredati: cosicchè, se al tempo della morte di un *pater familias* si trovassero figli che non erano stati contemplati in alcun modo, il testamento era considerato come non fatto; avveniva la così detta *ruptio testamenti*.
Nel diritto moderno, non essendo necessaria la istituzione espressa dell'erede legittimario, non

poteva avere applicazione l'istituto romano; ma d'altra parte si pensò alla possibilità che il testatore non avesse conosciuto realmente la esistenza di figli, per una ragione qualsiasi, e si volle provvedere a questo caso con un rimedio analogo a quello del diritto romano.

La legge, conformandosi alla probabile volontà del testatore, pensando cioè che il testatore in tanto ha favorito un estraneo, in quanto credeva di non aver figli o discendenti dei figli; perchè altrimenti avrebbe, secondo la naturale inclinazione dell'animo umano, testato in favore loro anzichè di estranei, ha stabilito che se sopravvengano figli o discendenti, oppure se ne scopra l'esistenza ignorata dal testatore, il testamento è revocato. Quali sono i casi in cui avviene questa revoca che non si basa sulla volontà espressa, nè tacita, ma su una semplice presunzione di volontà, e quindi è una revoca che viene dalla legge stessa? I casi sono due: ignoranza dell'esistenza di figli, i quali in realtà esistono al tempo in cui si fa testamento; mancanza assoluta di figli al tempo in cui si fa testamento e loro sopravvegnenza.

Questi due casi contemplati dall'art. 888 non danno luogo a questione. Ma si domanda se al caso della ignoranza dell'esistenza di figli si debba equiparare il caso dell'assenza di figli.

Un padre sa che ha un figlio il quale è assente legalmente, e fa testamento in favore di un'altra persona. Dopo il testamento l'assente ricompare. Questo fatto della ricomparsa dell'assente produce revoca del testamento?
In altri termini: il fatto dell'assenza può equipararsi al fatto della ignoranza dell'esistenza del figlio? Vi hanno autori che rispondono negativamente, perchè chi è assente non si può dire che sia morto; l'assente legalmente è uno che esiste ancora, che può essere vivo come può essere morto; quindi non essendoci presunzione di morte, se il padre che sa di avere un figlio assente, fa testamento in favore di un estraneo, lo fa efficacemente, e perciò la ricomparsa dell'assente non può equipararsi al caso della scoperta dell'esistenza di figli. Ma io credo che questa opinione non sia esatta, perchè, che cosa è l'assente?
È colui del quale si ignora *an sit et ubi sit*; ora se l'assenza importa ignoranza dell'esistenza e la legge prevede il caso che il testatore ignori l'esistenza di figli, nel caso di ignoranza di esistenza rientra il caso dell'assenza, perchè anche in questo caso il testatore ignora l'esistenza dell'assente; ora, se in base a questa ignoranza, ha provveduto a persone estranee, evidentemente non avrebbe fatto questo se il figlio non fosse stato as=

sente.
E a favore di questa nostra opinione sta l'art. 43 in cui si dice: "Aprendosi una successione alla quale sia chiamata in tutto o in parte una persona della cui esistenza non consti la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, ed a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza salvo il diritto di rappresentazione." Dunque l'assente non ha il diritto di successione. Se non ha questo diritto, quando il testatore sa che il figlio è assente, sa anche che non ha diritto a succedergli; perciò invece di far verificare la successione in favore di coloro che per legge sono chiamati in luogo dell'assente dispone a favore di altri.
Ma che si dirà se il testatore ha figli che siano indegni? Il caso di indegnità va compreso nel caso della mancanza di figli? Sì, senza dubbio, e in ciò gli autori sono di accordo. Il testatore ha figli, ma questi figli hanno tentato di ucciderlo o hanno commesso uno di quegli atti che producono indegnità. Il testatore potrebbe perdonarli ed istituirli eredi se lo volesse; ma non volendo far ciò, dispone in favore di altri. Supponiamo che posteriormente a questo testamento, compia un atto di perdono, di riabilitazione del figlio indegno, pur non curando di revocare il testamento fatto. Si può questo caso equiparare

a quello della sopravvivenza di figli che al momento in cui si fece il testamento non esistevano, e quindi avrà luogo la revoca del testamento?
Sì, certamente. La revoca che ha luogo in questi casi è a favore non solo dei figli, e ciò per il sistema seguito dal nostro legislatore di equiparare i figli alla stirpe, facendo succedere la stirpe in luogo del premorto. Onde la revoca si ha non solo se il testatore ignora di aver figli; ma anche se ignora di aver figli dei figli premorti. Però tale revoca non è posta a favore di tutti i figli e dei discendenti di essi, ma in favore dei figli legittimi e loro discendenti, in favore dei legittimati e dei figli adottivi; cosicchè sono esclusi i figli naturali semplici, ancorchè riconosciuti.
Perciò se il testatore fa il testamento a favore di un estraneo, senza contemplare i figli naturali che ha, ma non sa di avere, ancorchè dopo il testamento sappia di averli e li riconosca, non avviene revoca del testamento.
Secondo me a questo proposito la legge è andata troppo oltre, perchè mentre ha beneficiato i figli adottivi verso cui il testatore non ha alcun vincolo di sangue, ha dimenticato i figli naturali. Nasce però questione a proposito dei figli naturali legittimati se la legittimazione ha avuto luogo per subsequens matrimonium, non c'è dubbio che essa produca l'effetto di revocare il testamento. Se

la legittimazione è avvenuta per *decretum principis* e questo è intervenuto durante la vita del testatore, non c'è anche allora dubbio che la revoca ha luogo.

Ma che si dirà se il *decretum principis* è posteriore alla morte del testatore? Esso produrrà l'effetto della legittimazione; ma produrrà anche l'effetto della revoca del testamento? Secondo alcuni autori sì, ma secondo molti altri no. Infatti è principio sancito dal nostro Codice che la legittimazione per *decretum principis* non ha effetto retroattivo, ma produce effetto dal giorno in cui è stato emanato (art. 201), quindi se il decreto viene emanato un giorno dopo a quello in cui si è aperta la successione, cioè dopo che gli eredi legittimi o testamentari hanno acquistato il diritto all'eredità, questo diritto acquisito non può distruggersi.

Perciò, sebbene la legge dica che la revoca ha luogo anche a favore dei figli legittimati senza fare distinzioni, pure bisogna distinguere varie ipotesi di legittimazione per *decretum principis*; se ha luogo durante la vita del testatore produce l'effetto della revoca, se dopo la morte, non produce questo effetto. La legge poi ha cura di dire che questa revoca ha luogo non solo se il discendente sopravvenuto sia stato concepito dopo compiuto il testamento, ma anche se sia concepito al tempo

del testamento, come pure ha cura di dire che per i figli naturali legittimati, sopravvenendo la legittimazione, produce l'effetto della revoca anche se il riconoscimento che è fattore principale della legittimazione, sia anteriore al testamento.

A prima vista parrebbe che questi casi non fossero compresi nella regola generale; perchè se i figli si trovano già concepiti al tempo della morte del testatore, in base al principio: *conceptus pro nato habetur*, dovrebbero considerarsi come nati, e quindi la loro sopravvenienza non dovrebbe produrre revoca.

Ma giustamente il legislatore ha voluto eliminare il dubbio che potesse sorgere dalla falsa applicazione del principio "*conceptus pro nato habetur*" poichè questa massima si applica solo in favore, non in danno dei concepiti, come seguirebbe se non si ammettesse la revoca. Ancora la legge ha voluto contemplare il caso che i figli legittimati posteriormente al testamento siano stati riconosciuti precedentemente; perchè a prima vista parrebbe che il testatore sa di aver figli naturali e li riconosce, la legittimazione posteriore non dovesse produrre la revoca, perchè se il testatore sapeva dell'esistenza di essi e non ha provveduto in loro favore, vuol dire che non ha voluto beneficarli. Ma la legge ha pensato che l'esistenza di figli naturali precedentemen=

te al testamento non equivale all'esistenza dei figli legittimati; il figlio naturale, ancorchè riconosciuto prima del testamento, è sempre figlio naturale: la legittimazione per diritto nostro non avendo effetto retroattivo, ma agendo ex nunc si opera quando concorrono tutti i requisiti di essa; cioè riconoscimento e matrimonio, o riconoscimento e decreto reale: quindi la mancanza del secondo di questi requisiti fa sì che la legittimazione dei figli naturali posteriori al testamento si debba equiparare alla sopravvenienza.

La revoca in questi casi ha luogo di diritto e non c'è bisogno di alcuna azione speciale diretta a farla pronunziare dal magistrato, il quale non deve fare altro che riconoscere la revoca come già avvenuta ope legis, onde segue che l'azione per far riconoscere la revoca già avvenuta, non si prescrive in 30 anni, ma sarà imperscrittibile; poichè il diritto di successione trapassa immediatamente ope legis nel figlio sopravvenuto o legittimato.

Si può estinguere l'azione solo indirettamente, quando cioè gli eredi testamentari si siano immessi nel possesso dei beni e abbiano compiuto l'usucapione. In tal caso però questo può riferirsi ai soli beni posseduti e non alla qualità di erede che non può formare materia di usucapione.

Gli eredi testamentari perciò, ancorchè siano passati 30 anni dall'apertura della successione, non possono efficacemente opporsi che siano dichiarati eredi i figli o discendenti del testatore.
La revoca del testamento può avere influenza sul diritto dei figli naturali e del coniuge superstite quando il testatore abbia disposto: "Lascio a mia moglie ed ai miei figli naturali ciò che spetta loro per legge" Come si deve intendere questa frase? I figli naturali e il coniuge superstite avranno diritto a ciò che spetta loro per legge nella successione testamentaria, o avranno diritto a ciò che spetta per legge nella successione legittima, dacchè diversa è la misura di tali diritti nelle due diverse ipotesi?
Sebbene vi sia discordanza di opinioni negli autori, io credo che costoro hanno diritto a ciò che loro spetta nella successione legittima; perchè dal momento che il testamento è revocato e quindi si ha come non fatto, non si apre la successione testamentaria nemmeno in parte, ma si apre in tutto e per tutto la successione legittima; quindi i figli naturali ed il coniuge superstite, sebbene contemplati nel testamento, non dovranno avere il diritto spettante ai riservatarii come se ci fosse successione testamentaria, ma dovranno concorrere con tutti gli altri eredi alla successione legittima; un testamento revocato non

si può equiparare ad un testamento caducato.
Il testamento caducato è inefficace per una di quelle disposizioni contenute in esso che è impossibile di eseguirsi, laddove il testamento revocato è revocato in tutte le sue parti come se non fosse stato mai fatto, quindi non si apre nemmeno per parte la successione testamentaria.
Vi sono alcuni casi in cui nonostante la sopravvivenza dei figli o l'ignoranza dell'esistenza di essi la revoca non ha luogo. Il primo caso è quando il testatore abbia provveduto all'ipotesi della loro esistenza o della soprovvenienza. L'ultimo capoverso dell'art. 888 dice: "La revocazione non ha luogo qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o soprovvenissero figli o discendenti di essi„ Che vuol dire "qualora il testatore abbia provveduto?„ Il testatore ha detto "Lascio il mio patrimonio a mio fratello e voglio che questi sia erede ancorchè io possa avere dei figli in avvenire„ I figli soprovvengono Il testamento sarà revocato o no? La legge dice che non avviene revoca se il testatore abbia provveduto. Questa frase parrebbe che volesse significare che il testatore abbia fatto una disposizione di beni in favore dei figli nella previsione del caso che sopravvengano.
Quindi nel caso da me configurato il testamento non sarebbe esente dalla revoca, perchè si è

fatta una semplice previsione, non una provvisione.

Purnondimeno l'opinione dominante è contraria a tale soluzione e, secondo me, giustamente; perchè se si dovesse pretendere che il testatore debba provvedere, cioè fare una disposizione patrimoniale nel caso che i figli sopravvengono, si verrebbe a mettere il testatore in una condizione inferiore a quella in cui si trova nel caso che abbia piena cognizione di aver figli. Se il testatore quando sa di avere figli, può istituire erede anche un estraneo senza tenere alcun conto dei figli, perchè quando egli prevede di averli in avvenire deve essere obbligato a istituirli, cioè a provvedere alla eventualità della possibile loro esistenza? Se la incertezza di aver figli non impedisce al testatore di favorire estranei, così la previsione della loro esistenza nel futuro non può impedirgli di fare lo stesso: ciò che è la certezza per i fatti presenti o passati è la previsione per quelli futuri. Dunque basta che il testatore abbia preveduta la possibilità di aver figli, ancorchè non vi abbia provveduto, perchè la revoca non abbia luogo.

È da notare infine che la regola non ha luogo non solo se il testatore abbia preveduto o provveduto all'esistenza dei figli nello stesso testamento, in cui istituisce un estraneo, ma anche se abbia

ciò fatto in un testamento posteriore o anteriore.
Lo stesso effetto si ha ancora, sebbene la legge taccia, quando vi sia un testamento posteriore alla sopravvenienza del figlio, che confermi in tutto o in parte il testamento precedente, e ancorchè in esso non si tenga conto alcuno dell'esistenza del figlio; poichè in questo caso si ha un testamento che non può essere revocato, perchè compiuto quando si sapeva di aver figli.
Se poi si provveda al figlio sopravvenuto mediante donazione, ciò non vale ad impedire la revoca del testamento, perchè anche se la donazione abbia per iscopo la soddisfazione dei diritti ereditari; essa non può equivalere a rinunzia dei diritti successori da parte del figlio; perchè tale rinunzia, anche se è espressa, è nulla.
L'altro caso in cui non ha luogo la revoca, è quello in cui i figli sono sopravvenuti, ma sono premorti al testatore; perchè in tal caso manca l'interesse pratico a cui volle provvedere la legge nello stabilire la revoca: dacchè i figli, in favore dei quali la revoca è stata stabilita, non sopravvivono al testatore, il testamento produce la sua inefficacia come se la sopravvenienza non fosse avvenuta. Esposte le norme di legge intorno alla revoca del testamento a causa di sopravvegnenza di figli, è utile fare un confronto coll'istituto della revoca della donazione per la medesima cau=

sa. I due istituti, sebbene aventi di mira lo stesso scopo pratico, cioè provvedere all'interesse dei figli; pure si differenziano sotto parecchi aspetti.
Anzitutto mentre l'istituto della revoca testamentaria per sopravvenienza di figli si dimostra consono all'indole del testamento che è un atto per se stesso revocabile; di modo che si può facilmente presumere che, se il testatore avesse pensato di potere avere figli, avrebbe revocato il testamento: l'istituto invece della revoca della donazione per sopravvenienza di figli, si addimostra un istituto contrario all'indole della donazione, non solo, ma anche di tutti i contratti in genere, e quindi la donazione in ispecie, sono irrevocabili per fatti sopravvenuti.
Inoltre mentre la revoca per la sopravvenienza dei figli, ha luogo rispetto al testamento non solo in favore dei figli legittimi, ma anche in favore dei figli legittimati, degli adottivi e dei discendenti di questi, la revoca della donazione ha luogo soltanto per la sopravvenienza dei figli legittimi e legittimati, non già degli adottivi; nè per la sopravvenienza di discendenti dei figli legittimi o legittimati; e per gli stessi figli legittimati la revoca della donazione non ha luogo nello stesso modo in cui ha luogo per il testamento: Infatti ha luogo la revoca del testamento, quando la legittimazione è posteriore al testa=

mento, anche se il riconoscimento dei figli legit=
timati sia anteriore.
Invece la donazione non viene revocata se non
quando il figlio naturale legittimato è nato dopo
la donazione; onde se è nato prima, la donazio=
ne non è revocata, ancorchè la legittimazione av=
venga dopo (art. 1083). Ancora, mentre la revo=
ca testamentaria per sopravvenienza di figli
avviene ipso iure pel semplice fatto della so=
pravvenienza senza bisogno di domanda nè di
sentenza del magistrato; invece perchè si abbia
la revoca della donazione occorre che la volon=
tà del donante si esplichi in forma giudizia=
le e quindi avviene officio iudicis; non già ope
legis, donde la conseguenza che, mentre i figli
sopravvenuti al testamento sono eredi senza bi=
sogno che la qualità di erede sia loro riconosciu
ta, e perciò possono fare valere i loro diritti anche
se sono passati più di trenta anni dall'apertura
della successione; invece non è così per la revoca
della donazione, giacchè l'azione relativa si pre=
scrive in cinque anni dalla nascita dell'unico o
ultimo figlio.
Infine un'altra differenza: mentre la revoca te=
stamentaria per sopravvenienza dei figli giova di=
rettamente ai figli, in quanto i figli sopravvenu=
ti sono essi eredi ed escludono gli estranei, invece
la revoca della donazione, anche quando avven=

ga per sentenza del magistrato, non produce effetto vantaggioso ai figli; ma produce effetto a favore dello stesso donante, in quanto è il donante che rientra nella piena disponibilità dei beni donati; anzi può dissiparli senza che i figli possano pretendere di trarne vantaggio.

Però anche l'istituto della revoca del testamento per sopravvegnenza di figli, è meritevole di critica come l'altro della revoca della donazione, sebbene per diverse ragioni. Esso sarebbe giustificabile, qualora avesse per fondamento l'errore effettivo del testatore come è pel Codice civile germanico, perchè è ragionevole pensare che chi muore nell'ignoranza di aver figli, avrebbe diversamente disposto ove avesse conosciuto il vero stato delle cose. Ma non è, basandosi su una presunzione, spesso non rispondente alla realtà; perchè non è ragionevole presumere che il testatore avrebbe disposto diversamente anche quando, avendo avuto figli dopo il testamento, non si curò di mutarlo, mentre pure ne aveva la possibilità.

La donazione, oltre che per causa della sopravvenienza di figli, può essere revocata per ingratitudine del donatario. Ma rispetto al testamento non c'è l'istituto della revoca per ingratitudine. Perchè? È stata la legge illogica nel non estendere la stessa disposizione dalla donazio=

ne al testamento? No perchè non c'era bisogno di introdurre questo istituto rispetto al testamento; in quanto che nel caso del testamento soddisfa allo stesso scopo pratico l'istituto dell'indegnità.
Chi compie uno di quegli atti che importano per legge indegnità è escluso dall'eredità o dal legato; onde la disposizione testamentaria è caducata. Ma si potrebbe fare questa osservazione: Perchè mai per la donazione, oltre l'istituto della revoca per ingratitudine c'è l'istituto della indegnità? Per la donazione era necessario ammettere oltre l'istituto dell'indegnità quello della revoca per ingratitudine perchè i fatti che importano offesa al donante, possono avvenire in due tempi diversi: prima della donazione e dopo la donazione, prima cioè dell'acquisto del diritto da parte del donatario e dopo l'acquisto del diritto. Quando i fatti che recano offesa avvengono prima della donazione, il donatario è incapace di ricevere, perchè ha commesso uno di quei fatti che per legge importano indegnità; invece se il fatto offensivo è commesso dopo la donazione, allora non si può parlare più di indegnità, perchè il diritto è stato già acquistato, al momento del contratto, donde la necessità di mezzi speciali per togliere questo diritto.
Invece la stessa esigenza pratica non si appalesa

per il testamento: l'atto criminoso avvenga prima o dopo il testamento, è sempre un fatto avvenuto prima dell'apertura della successione, quindi prima dell'acquisto del diritto: perciò ad eliminare la possibilità dell'acquisto del diritto, basta l'istituto dell'indegnità; non basterebbe per la donazione in quanto che la donazione porta i suoi effetti durante la vita del donante, mentre il testamento produce effetto solo dopo la morte del testatore.

Ecco per quale ragione la legge non ha riprodotto rispetto al testamento, l'istituto della revoca per ingratitudine.

---

## Esecuzione delle disposizioni testamentarie.

Ci rimane ora a parlare della esecuzione delle disposizioni testamentarie. Di regola generale le disposizioni testamentarie debbono essere eseguite dallo stesso erede, il quale, avendo la cosidetta rappresentanza del defunto, deve eseguire anche le varie disposizioni poste a suo carico.

Ma il nostro Codice ha un istituto speciale fondato sopra esigenze di ordine pratico, l'istituto dell'esecutore testamentario. Molte volte l'erede

non ha interesse di eseguire le disposizioni testa=
mentarie, anzi ha interesse contrario; donde la
necessità di provvedere che la volontà del defunto
venga rispettata anche se dall'esecuzione di essa
debba derivare danno all'erede. Ora, come si è
provveduto a questo bisogno?

Nel diritto romano il testatore poteva provvede=
re all'esecuzione di una disposizione testamenta=
ria facendo una liberalità ad una persona con
l'incarico di eseguire la disposizione, cioè facendo
un lascito sub modo. Il testatore il quale vole=
va per es. che si costruisse un monumento e che
aveva poca fiducia nell'erede, faceva una libera=
lità in favore di Tizio con l'obbligo di erigere il
monumento; quindi Tizio incaricato di com=
piere un dato obbligo, era nel tempo stesso l'e=
rede o legatario, non più un estraneo alla succes=
sione. In altri termini il diritto romano
ammise che l'erede potesse essere incaricato in
qualità di fidecommissario, di trasmettere ad
altri l'intero patrimonio, come pure che il lega=
tario potesse essere gravato di un modus di ta=
le entità da assorbire tutto il vantaggio del lega=
to, in guisa da ridursi ad un modus nomi=
ter, ma rimaneva sempre la qualità di ere=
de o legatario nell'incaricato.

Il che non avviene nel semplice esecutore testa=
mentario. Le origini perciò dell'istituto dell'ese=

cutore testamentario vanno ricercate nell'antico diritto germanico. (1).

Poichè questo non ammetteva il testamento, si è sceglito un espediente pratico per soddisfare il bisogno di dare il proprio patrimonio ad una persona diversa dall'erede legittimo. Come si poteva fare questo? Con un atto tra vivi; ma l'atto tra vivi avrebbe prodotto lo spoglio dei beni della persona che voleva fare la liberalità; donde la necessità dell'istituto del fiduciario (manu fidelis) il quale apparentemente acquistava il patrimonio a titolo oneroso, mentre poi in realtà era obbligato a far godere del patrimonio durante vita lo stesso proprietario venditore, e dopo la morte di esso, consegnarlo alla persona designata. Quindi si aveva un contratto di compra vendita fiduciaria.

La persona incaricata, il fiduciario, in fondo non era altro che l'esecutore di un testamento nuncupativo, di un testamento non permesso dalla legge. Quando poi il diritto germanico, per influenza del diritto romano, ammise il testa=

---

(1) Recentemente si è sostenuto invece che l'origine dell'esecutore testamentario deve ricercarsi nel diritto romano sebbene lo sviluppo dell'istituto sia dovuto al diritto germanico e al diritto canonico.

cf. l'importante studio del <u>Roberti</u>. <u>Le origini dell'esecutore testamentario</u> - (Modena 1913)

mento, quello che era fiduciario, divenne l'esecutore testamentario, cioè egli non appariva più come acquirente, ma compiva la stessa funzione che sotto mentite apparenze compiva anche prima, cioè quello di esecutore della volontà del defunto.

Ma nonostante l'ammissione del testamento, grande era l'avversione di quelle popolazioni contro di esso, cosicchè i magistrati quando si trattava di decidere sulla validità o no di un testamento, erano propensi sempre per la nullità, per favorire la successione legittima.

Si sentì perciò forte il bisogno di una persona la quale rappresentasse il testatore e facesse valere le sue ragioni contro gli eredi legittimi. Di qui l'istituto dell'esecutore testamentario il quale dalla Germania, si propagò poi nelle consuetudini francesi e nel diritto canonico, il quale gli diede il più grande sviluppo. Il diritto canonico infatti favorì la successione testamentaria nell'interesse della Chiesa e delle opere di beneficenza; e siccome proclamò l'obbligo per tutti i cristiani di lasciare sempre qualche cosa ai poveri o alla Chiesa, ne venne per conseguenza che tutti i testatori lasciavano una parte del loro patrimonio alla Chiesa.

Da ciò provenne la necessità di una persona che avesse cura di attuare le disposizioni testamentarie in favore dei poveri o della Chiesa, che

non potevano agire da sè, essendo persone indeterminate; cioè di un esecutore testamentario; e questi per alcuni decretali, fu il vescovo. Anzi il vescovo, il quale fu dalle leggi canoniche creato esecutore testamentario delle disposizioni piè, a poco a poco divenne esecutore legale di tutti i testamenti, perchè tutti i testamenti contenevano disposizioni piè, cioè disposizioni per l'anima o disposizioni in favore dei poveri o a favore della Chiesa. E si andò ancora più in là: il vescovo ebbe tale importanza che fu non solo esecutore della volontà del testatore realmente manifestata, ma anche esecutore della volontà presunta dal testatore.

Se alcuno moriva senza testamento, il vescovo aveva diritto di fare il testamento pro anima cioè, tenuto conto degli eredi legittimi e della entità del patrimonio, il vescovo poteva disporre di una parte a favore della Chiesa o favore dei poveri, giacchè così si interpretava la volontà del defunto il quale si riteneva che non avesse testato, non già per non volere favorire i poveri o la Chiesa, ma per altre ragioni indipendenti da tale volontà. Questi fatti ci dimostrarono quanta importanza ebbe nel diritto canonico quell'istituto, perchè l'esecutore testamentario da volontario che era divenne legale. Il diritto italiano ha riprodotto le disposizioni del Codice francese, il quale alla sua

volta seguì in questa materia le orme del Pothier che interpretò e commentò gli statuti di Parigi e Orléans.

---

§ 142 - La figura giuridica dell'esecutore testamentario - Capacità.

Qual'è la figura giuridica dell'esecutore testamentario? Egli non è un onorato, perchè non è necessario che egli abbia nel testamento un lascito in suo favore. La figura dell'esecutore testamentario è molto simile a quella del mandatario; però molti negano che vi sia rassomiglianza per la ragione che il mandatario è colui che riceve un incarico in forza di un contratto, mentre il testamento non è un contratto, e quindi manca il primo requisito per avere il vero mandatario, e inoltre perchè il mandatario è uno che cessa dalle sue funzioni quando muore il mandante: mentre qui si avrebbe un mandatario che comincia ad esercitare le sue funzioni, proprio dopo la morte del mandante, e infine perchè il mandatario rappresenta il mandante, mentre non si può dire che l'esecutore testamentario rappresenti il testatore, dacchè questi è morto.

Però noi crediamo che se equiparazione completa non può esserci tra mandatario ed esecutore testamentario, c'è evidente analogia: se vi sono

delle differenze, vi ha pure alcune somiglianze fra i due istituti. Invero il mandato è l'incarico dato ad una persona per compiere qualcosa nell'interesse altrui. Ora questa che è l'essenza del mandato, la troviamo nell'incarico dato dal testatore all'esecutore testamentario.
Il testatore infatti incarica una persona di eseguire la sua ultima volontà; e poco importa che simile incarico si dia con un atto unilaterale anzichè con bilaterale: poco importa che il mandatario cominci ad esercitare il mandato dopo la morte del mandante; perchè non si tratta di affari ordinari, non si tratta di compiere un negozio giuridico tra vivi, ma si tratta di eseguire un testamento. La natura stessa delle funzioni che deve compiere l'esecutore testamentario, e lo scopo particolarissimo che deve raggiungere, spiegano la differenza tra mandatario comune e questo mandatario speciale. Cosicchè si può dire trattarsi di un mandato *post mortem*. Perciò le regole del mandato non si possono applicare in tutto e per tutto, perchè vi sono delle differenze; ma volendo guardare all'indole generica dell'istituto, dobbiamo dire che è un mandato, sebbene di natura speciale. Ma chi rappresenta l'esecutore testamentario? Questa è per me una domanda oziosa: perchè non è indispensabile all'istituto del mandato la rappresentanza: altro è rappresen=

tanza, altro è mandato: come si può avere rappresen=
tanza senza mandato, così si può avere manda=
to senza rappresentanza.
Adunque il mandato speciale di cui parliamo,
può considerarsi mandato senza rappresentanza,
giacchè l'esecutore testamentario non deve com=
piere degli atti che producono effetti nel patrimo=
nio di una data persona, nel cui nome e luogo si
agisce, ma deve eseguire la volontà del defunto.
Perciò, se si vuole parlare di rappresentanza, se ne
può parlare in senso improprio, cioè nel senso della
cosiddetta rappresentanza di interessi, e in que=
sto senso improprio si può dire che l'esecutore te=
stamentario rappresenti non già il defunto, nè
l'erede, ma l'eredità in se stessa. Non si può
dire che egli faccia l'interesse del testatore, per=
chè questi, essendo morto, non può avere interessi
materiali; non si può dire che faccia gli interes=
si dell'erede, perchè molte volte si deve contrap=
porre agli interessi dell'erede; ma fa l'interesse
dell'eredità.
Posto che l'esecutore testamentario è un manda=
tario, il suo ufficio è di indole privata. Questo è
rilevato da tutti i giureconsulti, e a prima vi=
sta sembra un rilievo inutile; pure tenuto con=
to della storia, è giusto ed opportuno. Nel dirit=
to germanico, l'istituto dell'esecutore testamen=
tario aveva grande importanza giacchè rassomi=

gliandosi costui al tutore, aveva un ufficio quasi pub=blico, laddove oggi è un ufficio privato. Le conseguen=ze che ne derivano sono queste: che l'esecuzione te=stamentaria oggi può essere affidata anche a per=sone che non possono esercitare uffici pubblici e il diritto tutelare, quindi anche alle donne e agli stranieri.

In secondo luogo, mentre all'ufficio tutelare non si può rinunziare se non nei casi ammessi dal=la legge, si può liberamente rinunziare all'uffi=cio di esecutore testamentario, trattandosi di un incarico di indole privata. Chi può essere esecuto=re testamentario? L'art. 904 dice: "Chi non può contrarre obbligazioni, non può essere esecutore te=stamentario". Da questo articolo si rileva una differenza tra mandatario comune ed esecutore testamentario: mentre mandatario può essere an=che un minore, anche chi non abbia capacità piena di disporre dei suoi diritti, non può essere tale l'esecutore testamentario. Perchè questa dif=ferenza? Il mandatario può essere anche un minore, perchè il minore, quando agisce in no=me del mandante, non obbliga se stesso, ma il mandante, cosicchè l'obbligazione sorge a carico del mandante: quindi basta che il mandatario abbia la capacità naturale di volere, perchè pos=sa obbligare validamente il mandante.

Invece l'esecutore testamentario, se fosse inca=

pace di agire legalmente, a carico di chi farebbe na-
scere l'obbligazione?
Non c'è qui un vero rappresentato, perchè tale non
è il testatore, tale non è l'erede, ma c'è una rap-
presentanza di interessi e non una rappresentan-
za giuridica: perciò non c'è la persona su cui
deve cadere l'obbligazione che egli assume; donde
la necessità che abbia la libera disposizione dei
suoi diritti, di modo che se si obbliga verso i terzi
è obbligato lui, salvo però il diritto di rivalsa ver-
so gli eredi. L'applicazione di questo principio si
trova nell'articolo seguente, art. 905: "Il mi-
nore non può essere esecutore testamentario; nep-
pure con l'autorizzazione del padre, del tutore
o del curatore". A prima vista pare che così la
legge richieda più del necessario, perchè quando
il minore ottiene la autorizzazione del padre,
del tutore o del curatore, la capacità c'è. Pure
la ragione vi è: il minore, anche quando agi-
sce con la rappresentanza del padre o del tutore,
non agisce lui, ma è il padre o il tutore che con-
tratta per esso, mentre l'ufficio dell'esecutore te-
stamentario è un ufficio personale che presup-
pone un rapporto di fiducia tra il testatore e
l'esecutore.
Ora, se l'esecutore testamentario potesse essere
il minore, ne verrebbe che per tutti gli atti che
il minore non può compiere da sè, dovrebbe fun-

rionare la persona del tutore o del padre, e quindi mancherebbe quel rapporto di fiducia tra testatore ed esecutore testamentario.
Così anche per il minore emancipato che abbia bisogno dell'assistenza del curatore, parrebbe che il minore emancipato potesse essere esecutore testamentario; ma la legge volendo essere rigorosa, ha stabilito che, sebbene il minore emancipato agisca da sè, pure, siccome in certi casi ha bisogno dell'assistenza del curatore, il quale non è la persona di fiducia del testatore, così non possa esercitare l'ufficio di esecutore testamentario.
La legge però non parla degli inabilitati, degli interdetti, nè delle donne maritate. Per gli interdetti non può esserci quistione: dal momento che l'interdetto è una persona che non può compiere nessun atto giuridico e perciò non può obbligarsi, egli va compreso nell'art. 904.
Rispetto all'inabilitato, si può applicare lo stesso principio posto pel minore emancipato, giacchè anch'egli ha bisogno del curatore. Resta unicamente la questione rispetto alla donna maritata. La donna maritata è capace di obbligarsi, essa è capace di contrarre qualsiasi obbligazione, tranne quelle determinate dall'art. 134; quindi non si può applicare l'art. 904
Alcuni autori però credono che la donna maritata non possa assumere l'ufficio di esecutore testa=

mentario senza l'autorizzazione maritale e desu=
mono ciò dall'art. 1743 cap. il quale riguarda il
mandato e in cui si dice che la moglie non può
accettare mandato senza l'autorizzazione del ma=
rito. Onde si argomenta che se l'ufficio dell'esecu=
tore testamentario è analogo a quello del manda=
tario, deve applicarsi questo capoverso. Ma noi, con
molti altri, siamo di contrario avviso; appunto per=
chè l'ufficio dell'esecutore testamentario non è i=
dentico in tutto e per tutto a quello del mandata=
rio, ma è analogo, non si può applicare al caso del=
l'esecuzione testamentaria la disposizione che ri=
guarda il mandato comune, e ciò tanto più che la
proibizione di legge contenuta nel capoverso dell'ar=
ticolo 1743 non ha pel caso nostro ragione di es=
sere. Essa è una disposizione di indole specialis=
sima ispirata dalla considerazione che se la don=
na maritata avesse potuto accettare un manda=
to liberamente, dati i rapporti che sorgono necessa=
riamente fra il mandante e il mandatario, ciò
potrebbe compromettere l'onore e la pace della fa=
miglia a cui la donna appartiene: il quale perico=
lo non c'è nel caso di esecuzione del testamento,
onde mancherebbe anche la ragione della legge.

Perciò noi crediamo che la donna maritata pos=
sa compiere l'ufficio di esecutore testamentario sen=
za autorizzazione alcuna, non opponendovisi al=
cuna disposizione di legge.

§ 143. Le attribuzioni dell'esecutore testamentario.

Quali sono le funzioni dell'esecutore testamentario? Anzitutto bisogna notare che l'esecutore testamentario può avere funzioni specialissime oltre quelle di indole generale che esamineremo.

Una funzione speciale è quella che proviene dal diritto consuetudinario francese; cioè il possesso dei mobili ereditari.

Nell'antico diritto consuetudinario francese, lo esecutore testamentario ipso iure, aveva il possesso dei mobili ereditari, perchè se l'esecutore testamentario deve provvedere all'adempimento dei legati, deve avere in sua mano i mezzi sufficienti per raggiungere lo scopo: egli avendo il possesso dei beni mobili, ne impedisce all'erede il facile sperpero, e d'altra parte però con la vendita di tali beni poteva soddisfare i legati. Però dalle consuetudini su questo punto si allontanò il Codice Napoleonico il quale stabilì che l'esecutore testamentario può avere il possesso dei mobili, ma non l'ha di diritto, cioè può averlo se il testatore glielo ha concesso. Questa disposizione è stata riprodotta dal nostro codice all'art. 906. Che indole ha questo possesso, e come si concilia col principio che l'erede ha il possesso di tutti i beni ereditari, possesso che si trasmette ipso iure dal defunto all'erede?

Il possesso dell'esecutore testamentario è un pos=

sesso precario, non un possesso legittimo, è quello stes=
so possesso che ha il sequestratario; quindi mentre
il possesso legittimo rimane presso l'erede, l'esecuto=
re testamentario non ha che un possesso precario.
Di modo che la conciliazione è facile; il possesso
rimane presso l'erede il quale avrà tutte le azioni
possessorie spettanti al possessore legittimo, invece
l'esecutore testamentario avrà il possesso materia=
le di questi beni e quindi avrà solo l'azione di
spoglio, ove ne sia clandestinamente e violentemen=
te privato. La legge aggiunge che il tempo in cui
deve durare questo possesso è di un anno dal gior=
no della morte del testatore.
Questa disposizione però non si spiega logicamen=
te, ma storicamente. Nelle consuetudini france=
si l'ufficio di esecutore testamentario non pote=
va durare più di un anno, quindi l'esecutore te=
stamentario aveva il diritto di possesso dei beni
mobili ereditari per un anno. Pel nostro Codice
però, mentre l'ufficio di esecutore testamentario
può durare per molto tempo, rimase quella dispo=
sizione delle consuetudini francesi, che cioè il pos=
sesso dei mobili non può durare più di un an=
no.

Ma pur mancando del suo fondamento si=
stematico, questa disposizione produce una utili=
tà pratica perchè se fosse concesso all'esecutore te=
stamentario il possesso dei mobili ereditari, per

un tempo indeterminato, egli non avrebbe alcuno stimolo a venderli e provvedere al pagamento dei legati. Si domanda a questo punto: Il testatore potrebbe concedere, oltre il possesso delle cose mobili anche il possesso degli immobili?

Per alcune consuetudini francesi, per il diritto germanico antico seguito dal codice civile germanico, l'esecutore testamentario aveva il possesso delle cose immobili se il testatore lo concedeva: ma si può dire lo stesso per il nostro codice? Gli autori sono di accordo nel ritenere che l'esecutore testamentario non può avere questo diritto, perchè la concessione dei diritti che fa la legge all'esecutore testamentario importa limitazione al diritto dell'erede il quale, in quanto è erede, ha la pienezza della proprietà dei beni ereditari, quindi non solo disponibilità di diritto, ma anche disponibilità di fatto; onde il togliere all'erede sia pure il possesso dei beni mobili, costituisce una limitazione del suo diritto.

Ora la volontà del defunto, in quanto apporta deroga alla legge, ha valore solo nei limiti posti dalla legge stessa, non oltre. Siccome il possesso dei beni immobili concesso all'esecutore testamentario importa limite al diritto dell'erede, l'esecutore testamentario non può aver maggiori diritti di quello che la legge concede: onde non si può concepire la possibilità di attribuire il possesso dei be=

ni immobili all'esecutore principale. Dicasi lo stesso per l'attribuzione del possesso per un tempo superiore ad un anno.
L'anno in cui può durare il possesso dei mobili si conta dal giorno della morte del testatore. Ma questa disposizione di legge non si può applicare materialmente. E difatti gli autori sono di accordo che si cominci a computare dal giorno della morte del testatore, se subito l'esecutore testamentario entra nel possesso di quei beni; ma se per una ragione qualsiasi l'esecutore testamentario si è immesso nel possesso dei beni in un tempo posteriore al giorno della morte, l'anno non deve computarsi dal giorno in cui muore il testatore, ma dal giorno in cui si è immesso nel possesso. In altri termini il tempo di un anno deve essere un tempo utile.

Passiamo a vedere le funzioni di indole generale che l'esecutore testamentario deve compiere, sia che abbia il possesso dei mobili ereditari, sia che non lo abbia. Anzitutto egli deve prendere provvedimenti di indole generale che sono nell'interesse comune di tutta l'eredità: quindi deve provvedere all'apposizione dei sigilli, aver cura di fare l'inventario e intervenire in tutte le cause che riguardano l'eredità. Questi sono provvedimenti che non interessano questa o quella persona, ma tutta la eredità, e di ciò

parla l'art. 908. Secondo la lettera di quest'articolo parrebbe che l'obbligo dell'esecutore testamentario di apporre i sigilli vi fosse solo quando gli eredi vi sono minori, interdetti, assenti, o persone giuridiche, ma non è così. In questi casi l'obbligo dell'apposizione dei sigilli è più determinato, ma avuto riguardo al Cod. proc. civ. si vede che questo obbligo c'è sempre, anche quando non vi siano interdetti, minori o assenti, giacchè l'apposizione dei sigilli impedisce l'alienazione dei beni ereditari.

Oltre queste attribuzioni nell'interesse collettivo, poi ci sono attribuzioni che sono di interesse esclusivo dei legatari. L'esecutore testamentario deve provvedere all'esecuzione dei legati, e se non può soddisfarli ed ha il possesso dei mobili, deve venderli per pagare i legati; questa è un'attribuzione contraria all'interesse dell'erede e che riguarda gli interessi dei legatari. Ancora l'esecutore deve intervenire in tutte le cause che si agitano tra erede e legatario per sostenere la validità dei legati. (Ciò è detto nell'art. 908 terzo comma "Vigileranno perchè il testamento sia eseguito, ed in caso di controversia possono intervenire in giudizio per sostenere la validità")

Vi sono poi incarichi speciali affidati all'esecutore testamentario: certe volte il testatore non fa soltanto una disposizione di ordine patrimonia=

le, ma anche disposizione di indole morale; per es. affida all'esecutore testamentario, di fare lo spoglio di manoscritti lasciati per vedere quali siano da pubblicare. Infine possono darsi all'esecutore incarichi rivolti all'adempimento della volontà del testatore in mancanza di persone direttamente interessate. Si sa che il testatore può fare una disposizione senza che ci sia un legatario vero, una persona che abbia l'interesse giuridico a farla eseguire; così è per le disposizioni specifiche per l'anima, in cui non si dica qual'è la parrocchia o la chiesa in cui si deve provvedere alla celebrazione delle messe in suffragio dell'anima. Ma quando vi sono simili disposizioni e non c'è una persona indicata a fare eseguire il legato, la presenza dell'esecutore testamentario fa sì che l'obbligo dell'erede diventi giuridico, perchè l'esecutore testamentario, dovendo far valere la volontà del defunto, può far valere quei legati che per se stessi non hanno carattere coattivo.

---

### § 144. Obblighi e diritti dell'esecutore testamentario. Cessazione dell'ufficio

Quali sono gli obblighi dell'esecutore testamentario? Gli obblighi suoi si riducono a render conto dell'amministrazione spirato l'anno dalla morte del testatore (art. 908. cap. ult.).

Questo termine di un anno dalla morte del testa=tore è stato posto coerentemente alla prescrizione per cui il possesso dei mobili dura un anno dalla morte del testatore; cosicchè è giusto che appena terminato il possesso, e quindi l'amministrazio=ne, si renda il conto.
L'esecutore testamentario è responsabile dei beni affidatigli. Ma che cosa si dirà quando più sia=no gli esecutori testamentari? La legge distingue se è stata fatta la ripartizione delle funzioni tra i vari esecutori, o se questa ripartizione non sia stata fatta. Se si è fatta ripartizione delle loro funzioni e ciascuno di essi siasi limitato a quel=la che gli fu attribuita, ciascuno risponde per la sua parte, invece se non è stata fatta la ripartizione delle funzioni o è stata fatta, ma i vari esecutori non si sono limitati alla parte loro attri=buita, tutti sono responsabili in solido.
Questi sono gli obblighi dell'esecutore testamenta=rio: quali i diritti? L'ufficio di esecutore testamen=tario è un ufficio gratuito; però nulla osta che il testatore possa fare un legato in favore di lui in compenso dell'incarico affidatogli o imporre al=l'erede di pagargli una vera mercede. Se c'è que=sto legato o questo compenso, l'esecutore testamenta=rio ha diritto a pretenderlo. Ma oltre questo di=ritto eventuale ce ne è un altro: il diritto di rim=borso delle spese fatte per l'inventario, per l'appo=

sizione dei sigilli, per la vendita dei mobili; queste spese sono a carico dell'eredità (art. 911).
Il rapporto nascente dall'esecuzione testamentaria può finire per due ordini di cause: o per cagioni personali, subbiettive dell'esecutore o per cagioni obbiettive. Per cagioni obbiettive: quando l'esecutore ha provveduto all'esecuzione del testamento o quando il compito speciale affidatogli è stato adempiuto. Per ragioni subbiettive: quando muore l'esecutore, quando rinunzia, quando diventa interdetto o inabilitato o quando abusa dell'incarico affidatogli, dacchè l'erede può chiederne la destituzione per opera dell'autorità giudiziaria.
Morto l'esecutore testamentario, non succedono nell'incarico i suoi eredi, appunto perchè si tratta di un ufficio personale, che presuppone un rapporto di fiducia tra il testatore e l'esecutore.

---

# Dei legati in ispecie

## §145 - Soggetti del legato -

Dato a suo tempo il concetto del legato, visto in che differisce dalla istituzione di erede, svolte tutte le norme comuni alla istituzione di erede e al legato, dobbiamo ora occuparci di quelle norme che riguardano esclusivamente il legato. Perchè si abbia il legato, è necessaria, per diritto nostro, la

esistenza di due persone: disponente ed onorato.
Invece per diritto romano era necessario il concorso di tre persone: disponente, onorato ed onerato; cioè non si concepiva legato se non vi fosse la persona incaricata di prestarlo, cioè l'erede; cosicchè se non ci fosse stato l'erede, cioè l'onerato, il legato non era valido.
Ne veniva per conseguenza che ove fosse nulla la istituzione di erede, erano nulli anche i legati, perchè l'istituzione di erede era caput et fundamentum totius testamenti; onde la validità del legato era subordinata alla validità di istituzione di erede. Invece non è così nel diritto nostro: dal momento che la istituzione di erede non è necessaria, e il testatore può fare un testamento consistente solo in legati, il legato non presuppone la necessità della persona onerata, e costituisce così un rapporto di diritto tra la persona del disponente cioè il testatore e la persona beneficiata, cioè il legatario. Questo punto è necessario mettere in rilievo perchè ne derivano conseguenze importanti. Però se in linea generale ed astrattamente, non occorre che vi sia erede o altra persona incaricata a prestare il legato, ciò non esclude che ci possa essere; anzi spesso c'è.
Questa persona può essere diversa secondo i casi. Può essere un erede determinato, possono essere tutti gli eredi indistintamente; e può essere anche un le=

gatario. Cioè il legato può gravare su un erede soltanto, quando il testatore dice: "Istituisco erede Tizio con l'obbligo di pagare il tale legato a Caio"; può gravare su tutta l'eredità, quando il testatore dice "Istituisco eredi Tizio e Caio e lego £ 1000 a Sempronio: e può il testatore incaricare un legatario di prestare un legato ad un terzo, sicchè il legatario incaricato dovrà sopportare da solo il peso del legato.

Ancora l'onerato del legato può essere tanto l'erede legittimo quanto l'erede testamentario. Mettiamo che un testamento contenga solo legati i quali non esauriscano tutto l'asse, di modo che per il restante si apra la successione legittima accanto alla testamentaria. In tal caso l'erede legittimo dovrà sopportare il peso dei legati (art. 868).

---

## §146- Il prelegato.

Chi può essere l'onorato? L'onorato può essere non soltanto qualsiasi persona estranea, ma anche lo stesso erede che può essere perciò nel tempo stesso legatario. La cosa non presenta alcuna importanza, quando vi sono più eredi, e uno di essi è obbligato a prestare il legato ad un altro, perchè si tratta di un legato come un altro. Invece la cosa ha importanza quando più sono i coeredi e tutti sono obbligati a prestare il legato ad un solo erede; cioè si ha

un legato a favore di un erede gravante, non su un altro determinato erede, ma su tutta l'eredità, dimodochè tutti dovranno contribuire, compreso lo stesso legatario, al pagamento del legato.
In questo caso si ha il così detto prelegato. Adunque per prelegato in senso generico si intende ogni legato fatto ad un erede; ma in senso specifico si intende il legato fatto ad un coerede il cui peso gravi su tutta o su tutto l'asse ereditaria.
Ora il prelegato di cui il nostro Codice non parla presenta delle anomalie, oppure deve essere trattato come qualsiasi altro legato? Nel diritto romano il prelegato aveva una figura specialissima che portava a delle conseguenze assai strane dal punto di vista pratico, ma che pure erano logiche dato il principio da cui i romani partivano.
Per diritto romano il prelegato in senso stretto era nullo, per la parte spettante al coerede prelegatario. Cosicchè se alcuno aveva lasciato un fondo a Tizio, erede, insieme ad altri due eredi, Caio e Sempronio, Tizio prelegatario non aveva diritto a tutto il fondo, ma soltanto a due terne parti, la rimanente terza parte gli spettava nella qualità di erede non nella qualità di legatario; cioè il legato corrispondente alla quota in cui il prelegatario era erede, era un legato nullo. Quali erano le conseguenze di questo principio? Erano

conseguenze praticamente strane, ma logiche nel tempo stesso. Così quando l'erede prelegatario avesse voluto esercitare il diritto della quarta Falcidia, non poteva imputare tra i legati la parte del prelegato gravante sulla sua quota, perchè questa parte era considerata come spettantegli non a titolo di legato, ma a titolo di eredità. Quindi mentre se il legato fosse stato fatto ad un terzo, egli avrebbe detratto la quarta parte di questo legato, invece pel solo fatto che era stato fatto a lui, egli non poteva avere su di esso nemmeno la quarta parte.

Come si vede, ciò riusciva contrario alla volontà del testatore, perchè quando il testatore dà un legato all'erede, intende avvantaggiarlo maggiormente, mentre così per il fatto che l'erede aveva il prelegato, egli non aveva non solo il vantaggio particolare voluto dal testatore, ma anche quello che gli sarebbe venuto dalla legge. Poniamo che l'erede prelegatario fosse stato gravato dal fidecommesso, cioè avesse dovuto restituire la quota ereditaria ad una terza persona per il vincolo del fidecommesso. Data la nullità del prelegato, egli doveva restituire tutta la quota ereditaria senza potere detrarre la parte del prelegato a lui spettante, perchè il prelegato per la parte della quota ereditaria era considerata come nulla, quindi, dovendo egli restituire tutta la quota eredita=

ria e in questa quota ereditaria rimanendo assor=
bita la quota parte del prelegato, non poteva rite=
nere niente.
Un'altra conseguenza anche contraria alla vo=
lontà del testatore era questa: se l'erede era nomi=
nato legatario insieme con un estraneo, questi ot=
teneva l'intero legato; e si aveva così un caso di
diritto di accrescimento tra collegatari del tutto
eccezionale, giacchè si verificava senza la incapa=
cità o la rinunzia del collegatario. Un'altra
conseguenza ancora più strana si verificava nel
caso che il prelegato fosse lasciato a tutti gli ere=
di se questi fossero stati istituiti in parti disu=
guali. Se per es. uno dei due eredi era istitui=
to in 1/12 dell'asse ereditario e l'altro era istitui=
to in 11/12, avveniva che il prelegato del fondo u=
nico Tusculano per 11/12 andava a vantaggio
dell'erede di 1/12, e l'altro erede di 11/12 aveva del
fondo soltanto la dodicesima parte; cosicchè le
parti si invertivano, il prelegato giovava in pro=
porzione inversa alle quote ereditarie, mentre
intenzione del testatore sarebbe stata quella di at=
tribuirlo in parti eguali. Ma quale fu la ragio=
ne giustificatrice del principio da cui derivarono
così bizzarre conseguenze, cioè della nullità del
prelegato per la parte gravante nella quota del
prelegatario? Coloro i quali hanno voluto sempre
trovare nel diritto romano l'oracolo della sapien=

ni hanno creduto che questa conseguenza derivasse da un principio di ragione e hanno detto: giustamente i romani ammettevano la nullità del prelegato per la parte spettante al coerede collegatario, perchè nessuno può essere debitore e creditore di se stesso; ora se nessuno può essere debitore e creditore di se stesso, è evidente che il prelegato per la parte gravante sulla quota ereditaria del prelegatario è nullo.

Però noi osserviamo che se è vero che nessuno può essere debitore e creditore di se stesso, ciò non significa che vi sia nullità del rapporto ereditario, ma solo che nasce la confusione, quando la stessa persona del creditore per una ragione qualsiasi diventa debitore. Il che è ben diverso, perchè mentre nell'ipotesi di nullità non sorge nessun effetto giuridico, in quella di confusione, ove la causa di essa venga a cessare, può risorgere il diritto. Quindi il fatto che il prelegatario è debitore di una parte del legato verso sè stesso, razionalmente non importa altro se non inefficacia pratica del legato per quella parte nel caso che egli rimanga erede; ma avverandosi la rinunzia, o la restituzione fidecommissaria, siccome l'incompatibilità pratica di essere creditore e debitore di sè stesso scomparisce, niente osta che possa sorgere il diritto al legato anche per quella parte.

Perciò non fu quella la ragione per cui i roma-

ni decisero per la nullità del prelegato, non fu una ragione di ordine logico, ma di ordine meramente storico; giacchè essi non concepirono la possibilità di legato senza un rapporto giuridico tra la persona dell'erede e quella del legatario: non concepirono il legato come una disposizione diretta che il defunto faceva al legatario, ma come una disposizione che il defunto faceva al legatario per l'organo dell'erede.

Cosicchè quando non esistevano queste tre persone, testatore, erede e legatario, non ci era legato. Ora, scomparsa questa ragione del tutto storica, è ancora scomparso l'istituto del prelegato come era presso i romani. Per il diritto consuetudinario francese non solo il prelegato era nullo per la parte spettante all'erede prelegatario, ma era nullo in tutto e per tutto, perchè il diritto consuetudinario francese partì dal principio che nessuno può essere erede e legatario nel tempo stesso. La ragione di ciò si ripone nel fatto che eredi erano solo gli eredi del sangue, tra cui perciò doveva regnare perfetta eguaglianza, mentre il prelegato avrebbe prodotto una ripartizione disuguale dei beni ereditari.

Infatti se l'erede del sangue avesse potuto trattenere il legato, sia pure per le parti gravanti sugli altri, avrebbe avuto più di questi. Perciò la massima che nessuno può essere prelegatario ed erede

nel tempo stesso. Che dire del diritto nostro? Il codice nostro serba il più completo silenzio. Vi sono vari articoli in cui si suppone che il prelegato sia valido, ma non si dice quale ne sia l'indole, quali le conseguenze. È però comune opinione che il prelegato dei romani non esiste più nel diritto nostro, perchè manca la base storica della nullità con tutte le bizzarre conseguenze che ne derivavano. Quindi oggi benissimo si può fare un prelegato nel senso tecnico della parola, cioè un legato a vantaggio di un coerede e a carico di tutti gli altri coeredi.

Questo legato non è nullo nemmeno per la parte spettante al coerede; soltanto praticamente se l'erede prelegatario accetta l'eredità puramente e semplicemente, per la parte che gravava lui; c'è incompatibilità pratica, giacchè egli viene ad essere nel tempo stesso debitore e creditore; ma se scompare questa incompatibilità, come avviene in alcuni casi, allora risorge il diritto nell'erede prelegatario di domandare il legato per intero. Come può avvenire questo? Quando l'erede prelegatario rinunzia alla eredità, la rinunzia dell'eredità non importa rinunzia al prelegato; egli avrà diritto ad avere il prelegato intero, anche per quella parte che sarebbe stata a lui addossata; l'art. 945 dice: "Chi rinunzia all'eredità, è considerato come se non vi

fosse mai stato chiamato. La rinunzia però non lo esclude dal poter chiedere i legati a lui fatti".
Ancora un'altra conseguenza utile: Se l'erede prelegatario, dopo avere accettato, vende o dona la sua quota ereditaria, non si intende che abbia ceduto quella parte di legato che gli incombeva di pagare a se stesso come prelegatario, ma questa va detratta.
Se all'erede si fa un legato congiuntamente a un estraneo, questo terzo congiunto all'erede prelegatario avrà diritto solo alla sua quota, non già all'intero legato, perchè è valido il legato fatto all'erede anche per la parte da lui dovuta a se stesso. Se più sono i coeredi prelegatari, il prelegato si divide tra loro in parti uguali e non già in proporzione inversa alla loro quota. Ancora può accadere che l'erede prelegatario accetti l'eredità col beneficio dell'inventario; ora, siccome accettando col beneficio di inventario non c'è l'obbligo di pagare i legati ultra vires, così l'erede prelegatario ha il diritto di detrarre dai beni ereditari, anche la quota di prelegato dovuta a se stesso, affinchè il valore corrispondente vada computato non già nell'attivo della massa ereditaria, ma nelle passività de' legati.
Invece se il prelegato fosse nullo per la parte corrispondente alla sua quota, egli non potrebbe

pretendere quel detrazione. Ancora supponiamo che i legati eccedano la disponibile: chi ha diritto alla riduzione potrà domandare la riduzione del prelegato anche per la parte corrispondente alla quota dell'erede prelegatario, perchè il legato è una cosa diversa dall'eredità.
Finalmente se il coerede prelegatario vuole domandare lui la riduzione delle donazioni o dei legati fatti ad altri, perchè crede lesa la sua legittima, la legge dice che deve imputare nella sua quota tutte le donazioni e i legati a lui fatti (articolo 1026); il legato a lui fatto anche per la parte gravante sulla sua quota non è nullo, ma ha valore di legato.
Adunque il prelegato esiste nel diritto nostro senza le anomalie del diritto romano ed è un legato come un altro.

---

§ 147. Oggetto del legato.

Dopo avere parlato del soggetto del legato, passiamo a parlare dell'oggetto del legato. Oggetto del legato può essere qualunque vantaggio materiale valutabile pecuniariamente, sia in via diretta, sia in via indiretta: può essere una cosa e può essere un fatto, può essere insomma oggetto di legato tutto ciò che può essere oggetto di obbligazione. Quindi tutti i requisiti che occorrono

per l'oggetto di obbligazione, occorrono anche per l'oggetto di legato. Per ciò se si tratta di cosa, è necessario che sia esistente e sia in commercio; cosa esistente è non solo quella che è tale in atto, ma anche una cosa di cui è possibile l'esistenza, cioè anche le cose future possono essere oggetto di legato.
La cosa deve essere in commercio, perchè le cose fuori commercio non possono essere oggetto di rapporti giuridici.
A questo proposito il diritto romano divideva le cose in cose assolutamente incommerciabili e cose incommerciabili relativamente (quarum commercium quis non habet): e non si potevano legare non solo le cose assolutamente incommerciabili, ma anche le cose relativamente incommerciabili. Ora questa distinzione nel diritto nostro non è ammessa. Solo le cose incommerciabili assolutamente non possono essere oggetto di legato. Ma per le cose come le armi, le materie esplodenti, le quali sono in commercio, ma non possono possedersi se non mediante permesso speciale dell'autorità, poco importa se il legatario non abbia tale permesso; perchè le cose per se stesse sono capaci di diritto; solo il legatario se, senza le autorizzazioni volute dalla legge vorrà servirsi di queste cose, incorrerà in qualche penalità, ma avrà acquistato il diritto di proprietà validamente.
Se si tratta invece di un fatto perchè esso sia

oggetto di legato, è necessario che sia possibile naturalmente e giuridicamente, e sia lecito.
Un fatto impossibile naturalmente si ha quando per es. il testatore incaricasse l'erede di acquistare in favore di Tizio un aeroplano capace di trasportare cento persone: in questo caso si ha impossibilità naturale, perchè finora l'aviazione non è giunta a tal grado di sviluppo. Un fatto impossibile giuridicamente si avrebbe quando il testatore lasciasse al legatario un diritto di usufrutto, o di uso, o di servitù prediale costituito in suo favore, giacchè la legge vieta la trasmissibilità di questi diritti.
Inoltre deve essere un fatto lecito.
Il testatore non può imporre all'erede di prestare a favore di una terza persona un servizio illecito proibito dalla legge o dalla morale. Un altro requisito dell'obbietto di legato deve essere la certezza.
Che vuol dire certezza dell'obbietto? Vuol dire che la cosa deve essere determinata per lo meno coi caratteri generici di modochè non si lasci all'erede l'assoluto arbitrio di dare cose di una certa entità o darne di così minima, che equivarrebbe a dar niente. Così non si può dire: "Io lego a Tizio un animale" perchè si tratta di cosa indeterminata. Ma non solo deve essere una cosa determinata l'obbietto del legato, ma non deve essere lasciata all'arbitrio del terzo o dell'erede stesso.

La ragione perchè il legislatore ha vietato che la determinazione dell'obbietto del legato sia rimessa all'arbitrio del terzo, è che, come dicemmo a proposito della istituzione di erede, facendo una disposizione di tal genere, il testatore verrebbe ad abdicare alla sua volontà, mentre il testamento deve essere espressione della sola volontà personale del testatore. C'è anche indeterminatezza dell'obbietto del legato, quando alcuno affida all'arbitrio dell'erede o del terzo di determinare la quantità di esso (art. 835)

A ciò si fa eccezione per i legati fatti a titolo di remunerazione per servizi prestati al testatore nell'ultima sua malattia Solo in questo caso si può affidare all'assoluto arbitrio del terzo di determinare la quantità del compenso da darsi a coloro che hanno assistito il testatore nell'ultima malattia. E ciò perchè il testatore non ha potuto prevedere quando sarebbe durata la sua malattia, quali e quanti servizi da quelle persone gli sarebbero stati prestati ed in tal caso è permesso affidare all'arbitrio del terzo la determinazione della ricompensa. Ora si domanda: la disposizione dell'art. 835 concepita in termini così assoluti, vale anche per il caso in cui il testatatore non si rimette al mero arbitrio del terzo, all'arbitrio boni viri? Il diritto romano ammetteva la validità del legato il cui oggetto era lasciato all'arbitrio prudente

del terzo. Noi crediamo che tale opinione debba accogliersi nel diritto nostro. Infatti il Codice dice: "È nullo la disposizione che lascia interamente all'arbitrio dell'erede, ecc."

Ma quando uno invece fa una disposizione il cui oggetto lascia determinare al prudente arbitrio del terzo, viene a limitare l'arbitrio del terzo e quindi non si può dire che si rimetta interamente al costui arbitrio. Ciò avviene quando il testatore designa lo scopo del suo legato, nel quale caso l'arbitrio del terzo non è sconfinato, perchè egli deve fare sì che il legato raggiunga questo scopo; oppure quando il testatore ha fissato alcuni criteri generici per determinare la quantità del legato e quindi nemmeno in questo caso l'arbitrio del terzo è sconfinato, ma è limitato dai criteri dati dal testatore. In tutti questi casi il legato sarà valido. Però questa opinione trova degli oppositori i quali si appoggiano alla lettera della legge che dice nel citato art. 835: "....eccettuati i legati fatti a titolo di remunerazione per servizi prestati al testatore nell'ultima sua malattia". Ora, si nota da costoro, se la legge fa simile eccezione, vuol dire che solo in questo caso ha voluto tener conto dell'arbitrio *boni viri*, perchè i legati che si sogliono dare in compenso dei servizi prestati nell'ultima malattia, non si possono considerare come legati rilasciati all'arbitrio assoluto del terzo, ma invece sono legati la cui quantità è

rilasciato al prudente arbitrio del terzo il quale deve badare alla durata della malattia, alla natura e numero dei servizi prestati, ecc.
Dunque la legge ha fatto eccezione solo per i legati dati in ricompensa dei servizi prestati nell'ultima malattia, e solo in questo caso ha tenuto conto del prudente arbitrio del terzo, ma non già in altri casi. Ma questa osservazione non crediamo che abbia fondamento perchè la legge dice in principio dell'articolo: " È nulla la disposizione rilasciata interamente all'arbitrio del terzo "
E poi i legati fatti a ricompensa di servizi prestati nell'ultima malattia non è sempre vero che siano legati lasciati al prudente arbitrio del terzo perchè quest'arbitrio può essere sconfinato, quindi non sono legati che per se stessi portano l'impronta di legati rilasciati all'arbitrio boni viri. E poi questa eccezione che fa la legge deve mettersi in relazione con la regola in cui si dice: "rilasciati interamente all'arbitrio del terzo, onde segue che anche nella eccezione alla regola si tratta di una disposizione rilasciata interamente all'arbitrio del terzo. In quale momento debbono esistere i requisiti dell'obbietto del legato? Nel momento in cui si fa il testamento o nel momento della morte del testatore? Questa domanda è necessaria perchè nel diritto romano c'era la famosa regola catoniana per cui i requisiti dell'obbietto del legato dovevano trovarsi al tem=

po in cui si faceva il testamento, cosicchè se in questo momento l'obbietto non aveva i requisiti di legge, ancorchè li avesse avuto dopo, il legato era nullo.

La regola catoniana era così formulata: se il legato è nullo al tempo in cui si fa testamento, di modo che se il testatore fosse morto allora, il legato sarebbe stato nullo, questo legato resta tale ancorchè il testatore sia morto molto tempo dopo„ (1)

Secondo alcuni questa regola sarebbe l'applicazione di un'altra più generale: "quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest„ (2) Ora la regola catoniana ha valore nel nostro Codice, oppure no? In altre parole, per giudicare della validità di un legato bisogna badare al tempo in cui si fa testamento, o al tempo della morte del testatore?

Vi sono alcuni feticisti del diritto romano, i quali dicono che la regola catoniana è un principio di ragione e perciò implicitamente riconosciuto anche dalla legge nostra. Invece è proprio l'opposto; è un principio arbitrario dovuto a ragione storica, non già a ragione logica. Anzitutto non bisogna confondere la regola catoniana relativa ai legati con la massima generale "quod ab initio vitiosum est

---

(1) L. 1 Dig. XXXIV, 7 de regula catoniane.

(2) L. 29 Dig. L 17 de reg. iuris.

tractu temporis convalescere non potest" la quale nella sua generalità non è esatta, ma è vera solo quando si riferisca ad atti inesistenti cioè ad atti mancanti degli elementi costitutivi essenziali; mentre si dimostra falsa rispetto agli atti annullabili. Noi sappiamo che gli atti annullabili sono sanabili per conferma volontaria e per prescrizione. Ma, secondo alcuni romanisti, la regola Catoniana non è nemmeno applicazione di quella massima, perchè la regola catoniana, pur avendo lo stesso effetto pratico, non trova applicazione come l'altra ogni volta che si avveri la mancanza degli elementi costitutivi del legato, ma riguarda solo l'obbietto del legato.

Secondo autorevoli romanisti essa nacque in un tempo in cui i giuristi avversavano il legato per favorire l'istituzione di erede, e quindi, cercando ogni pretesto per annullare un legato, esigettero che i requisiti di esso dovessero esistere sin dal tempo in cui fu fatto il testamento. E che quella non sia una regola razionale si desume dallo stesso testo delle fonti romane in cui si riporta con l'osservazione "in quibusdam falsa est" Quindi non può venir considerato come principio generale una regola che in molti casi si dimostrava falsa. Gli stessi giureconsulti romani cercarono di applicarla quanto meno fosse stato possibile, onde ritennero che essa non era applicabile ai legati condizionali (l. 4).

Essendo dunque la regola catoniana non un principio di ragione, ma un principio di diritto positivo contingente, per ritenerla riprodotta nel diritto nostro dovremmo trovarne il fondamento nel nostro Codice, fondamento che manca affatto.

Invece principio generale per diritto nostro è che per giudicare sulla validità delle disposizioni testamentarie si deve badare al tempo in cui avviene l'apertura della successione tranne per la capacità del testatore e la forma del testamento. In un solo caso (quello dell'art. 843 che esamineremo a suo tempo) il Codice nostro, forse inconsapevolmente, certo allontanandosi dal rigore dei principii, ha fatto applicazione della massima catoniana, ma negli altri casi no. Dunque non si può dire che quando non concorrono i requisiti del legato al tempo del testamento, il legato nascendo invalido, resta invalido. Perciò se io faccio un testamento in cui obbligo l'erede ad acquistare in favore di Tizio un aeroplano che possa trasportare cento persone, se nel tempo in cui io muoio l'aeroplano capace di trasportare cento persone esiste, il legato sarà valido.

Io lascio il mio diritto di usufrutto a Tizio. Oggi questo legato non è possibile, ma se al tempo in cui si apre la successione sia vigente una legge la quale ammetta la trasmissibilità dell'usufrutto, il legato che oggi è nato invalido, diventerà valido. Io faccio oggi un legato di una cosa fuori commer=

ciò, di un bene demaniale; se domani quel dato bene verrà sclassificato e farà parte del mio patrimonio privato, il legato che oggi è invalido perchè ha per obbietto una cosa fuori commercio, domani sarà valido.

---

## §148. Legato di cosa determinata.

Oggetto del legato, come abbiamo detto, può essere una cosa corporale, una cosa incorporale, una cosa mobile, o un immobile, una cosa determinata con i suoi caratteri individuali o determinata con i suoi caratteri generici. Studiamo prima l'ipotesi di un legato di cosa determinata con i suoi caratteri individuali o *legatum speciei*. A tale proposito bisogna distinguere varie ipotesi:

a) che cioè la species appartenga al testatore,
b) che appartenga ad un terzo,
c) che appartenga all'erede o a un legatario incaricato di prestarla,
d) infine che appartenga al legatario stesso cui viene attribuito dal testatore.

Il caso più comune è che si lasci una cosa appartenente al testatore. Su ciò non nasce questione; il testatore può disporre della cosa sua come vuole e perciò anche per legato. Però vi è un'ipotesi in cui potrebbe discutersi dell'applicazione della regola catoniana: se al tempo in cui il testatore fa testa=

mento, la cosa legata non era sua, ma poi diven=
ne tale, prima della sua morte, il legato è vali=
do o nullo?
Applicando la regola catoniana sarebbe nullo, in=
vece non applicandola sarebbe valido; ma che sia
valido, lo dice la legge stessa nell'art. 837. "Se però
la cosa legata, quantunque di altri al tempo del te=
statore, si trovi in proprietà del testatore al tempo
di sua morte, è valido il legato della medesima"
Dunque è evidente che la regola catoniana non
è stata applicata. Se la cosa non appartiene al te=
statore, ma ad un terzo, è valido il legato di cosa
altrui? Questa questione si riconnette ad un'al=
tra di ordine più generale. La cosa altrui può es=
sere obbietto di negozio giuridico? A questa doman=
da non si può rispondere senza fare una distinzio=
ne. Quando si fa un atto di alienazione di cosa al=
trui, l'effetto reale dell'alienazione non si produce;
ma si produce un'altro effetto, quello dell'obbligo
di acquistare la cosa altrui e darla alla persona
a cui si è promessa. E appunto avuto riguardo a
questo secondo effetto, per diritto romano la vendita
di cosa altrui era valida; e in questo senso senso è
dichiarata espressamente valida per il Codice di com=
mercio e può ritenersi valida anche per il Codice
civile, cioè: la vendita di cosa altrui non è vali=
da come atto traslativo, ma è valida come sempli=
ce contratto obbligatorio, in quanto importa l'ob=

bligo nel venditore di acquistare la cosa altrui e darla al compratore, di modo che se il venditore non adempie quest'obbligo vi è diritto all'azione di risoluzione che il nostro Codice impropriamente chiama azione di nullità.

Per diritto romano era valido il legato di cosa altrui nel senso che esso produceva nell'erede l'obbligo di acquistare la cosa dal proprietario e trasferirla al legatario. Ciò beninteso sempre che il defunto sapesse che la res era aliena, non se lo ignorava: forsitan enim si scisset alienam non legasset come si legge nel § 4 Istit. lib. II, 20 de leg.

Ma siccome è difficile e assai malsicura l'indagine sul fatto se il testatore conoscesse o no che la cosa era di altri, il codice francese volle troncare ogni fonte di litigi dichiarando nullo in ogni caso il legato di cosa altrui.

Il nostro codice invece ha accolto il principio romano, però modificandolo leggermente; cioè il legato di cosa altrui è valido solo quando il testatore abbia manifestato nel testamento di sapere che la cosa si apparteneva ad altri: perchè se il testatore non ha espresso questa sua conoscenza, si potrebbe credere che sia caduto in errore; e quindi il legato è invalido. Se invece ha manifestato la sua conoscenza, il legato è valido. Ma in che modo è valido? Forse che il terzo è espropriato della cosa? No, certo, ma nel senso che l'erede può ac=

quistare la cosa e rimetterla al legatario, oppure se questo non vuol fare, deve pagare al legatario il giusto prezzo (art. 837).

Dunque per diritto nostro l'unico requisito per la validità del legato di cosa altrui è che dallo stesso testamento risulti che il testatore sapeva che si trattava di cosa altrui, mentre pel diritto comune si poteva anche aliunde provare la scienza del testatore. La cosa oggetto del legato, invece di appartenere ad un terzo, può appartenere a colui che è gravato del legato, cioè l'erede o un altro legatario. In questo caso il legato è valido o no? oppure bisogna far distinzione tra le due ipotesi; cioè quella che il testatore conoscesse che la cosa appartiene all'onorato e l'altra che non avesse questa conoscenza? No: la legge dispone che il legato di cosa spettante all'erede o al legatario incaricato di prestarlo, è un legato sempre valido, sia che il testatore sapesse che la cosa apparteneva all'erede o al legatario, sia che non lo sapesse (art. 838).

Perchè? Una vera ragione non c'è. Alcuni autori dicono: siccome avviene confusione tra il patrimonio del defunto e quello dell'erede, non si può fare distinzione tra cose del defunto e cose dell'erede, e quindi il legato è sempre valido.

Ma questa ragione potrebbe avere un certo valore, ove il legato fosse valido, solo quando si disponesse di cosa spettante all'erede; ma non ha nessuna

efficacia quando si pensi che lo stesso segue se si di=
spone della cosa di un legatario rispetto al quale
non avviene confusione alcuna.
Che più? È una ragione inconcludente rispetto
allo stesso erede che abbia accettato con benefizio
di inventario, per il quale non segue confusio=
ne di patrimoni. Il vero è invece che la ragione
è tutta di ordine pratico; il legislatore ha pensa=
to essere inutile l'indagine della volontà del
testatore poichè quando questi ha obbligato l'erede
o il legatario di dare una cosa a un terzo, ha in=
teso limitare la liberalità fatta imponendogli
un peso, quindi poco importa che sapesse o no del=
l'appartenenza della cosa all'onerato. La cosa può
appartenere in parte al testatore, in parte ad un
terzo, oppure il testatore può avere un diritto su
una cosa appartenente in proprietà ad un altro.
In questo caso il legato come dovrà ritenersi? Se
nel testamento si dice di sapere che la cosa in
parte appartiene ad un altro, allora il legato
sarà valido per l'intiero; ma se nel testamento
non si dice niente come nel caso: "Lego il fon=
do Tusculano a Tizio" mentre il fondo Tuscula=
no in parte appartiene al testatore ed in par=
te ad un terzo, allora il legato sarà valido in
parte, cioè per quella parte che spetta al testato=
re.
Così si dica se la cosa legata appartiene solo in

parte all'erede o al legatario.
L'art. 839 dispone: "Se al testatore, all'erede o al legatario appartiene una parte della cosa legata, o un diritto sulla medesima, il legato è valido soltanto relativamente a questa parte o a questo diritto, salvo che risulti dalla volontà del testatore di volere legare la cosa per intero in conformità dell'art. 837". Su quest'articolo nasce una prima questione: "La legge dice che se il testatore, l'erede o il legatario hanno un diritto sulla cosa legata, mentre questa appartiene in proprietà ad un terzo, il legato sarà valido rispetto a questo diritto.

Ma quale sarà questo diritto su cosa altrui per cui sarà valido il legato? Noi sappiamo che i diritti su cosa altrui possono essere il diritto di usufrutto, di uso, di abitazione, un diritto di servitù prediale, un'ipoteca, un diritto di enfiteusi. Ora poniamo che il testatore sulla cosa legata abbia un diritto di usufrutto, di uso, di abitazione, di servitù, di ipoteca, ecc., egli legando questa cosa, farà un legato valido rispetto a quel diritto? Applicando materialmente l'art. 839 sarebbe un legato valido per quel diritto, ma invece non è così, giacchè questi diritti menzionati, tranne il diritto di enfiteusi, non possono essere oggetto di legato in quanto che se io ho una cosa, un diritto di usufrutto, di uso, di abitazione ecc.

questi diritti si estinguono con la mia morte, se ho una servitù, questa rimarrà inerente sempre al fondo dominante, se io ho un diritto di ipoteca, il legatario non potrà acquistarlo perchè non acquista il diritto di eredità corrispondente.
Perciò solo nel caso che io sulla cosa legata abbia un diritto di enfiteusi, è applicabile l'art. 839, giacchè questo diritto è trasmissibile, fuori di questo caso, no.
Questo articolo invece trova più frequente applicazione quando sulla cosa il testatore, l'erede o il legatario abbiano un diritto di comproprietà.
Ma anche in questo caso bisogna mettere in relazione le regole riguardanti i legati con le regole riguardanti la divisione, e specialmente con la regola della retroattività della divisione.
Il testatore che ha una quota di comproprietà su un fondo, lega questo fondo senza dir niente sul diritto di comproprietà che spetta ad altri: Non avendo mostrato nel testamento di sapere che il fondo non gli apparteneva per intero, il legato sarà valido per la sua quota.
Se però nella divisione, o per causa del sorteggio, o per effetto di imputazioni e di conguagli, nessuna porzione del fondo viene a toccare al testatore, evidentemente il legato sarà nullo per intero. Ciò non per un principio riguardante i legati, ma per il principio della retroattività del=

la divisione (a. 679 e 1034). Se nella divisione nulla toccherà al testatore di quel fondo, nulla avrà il legatario perchè la legge dice che il legato è valido per ciò che spetta al testatore.
Pongasi però che nel testamento siasi dichiarato di possedere il fondo in comunione con altri: allora per quanto in maniera implicita è necessariamente manifestata la conoscenza del testatore che il fondo possa in seguito ai risultati della divisione, venire per intero attribuito ad altri: In tal caso il legato deve ritenersi valido come legato di cosa altrui.
Nè osta il principio della retroattività della divisione, anzi viene rigorosamente applicato. Il fondo è dichiarato res aliena con efficacia retroattiva, ma siccome il testatore ha preveduta tale eventualità, e non di meno ha lasciato la sua parte del fondo a titolo di legato, ha mostrato la sua chiara volontà di voler dare la cosa, o in difetto l'aestimatio res. Questa soluzione deve ammettersi anche per la considerazione che se il fondo viene per intero attribuito ad altri partecipanti, vuol dire che gli eredi del testatore hanno ricevuto l'equivalente in danaro o in altri cespiti, e non sarebbe nè equo nè giusto che essi profittassero dell'equivalente avuto nella divisione, e si esimessero dell'obbligo di passare il legato.

Dobbiamo ora studiare una ultima ipotesi, che cioè la cosa legata appartenga allo stesso legatario.

Se la cosa legata appartiene allo stesso legatario, evidentemente il legato è inutile e perciò nullo perchè res semel mea amplius mea esse non potest. Ma in qual momento la cosa deve appartenere al legatario perchè si abbia la nullità del legato; al momento in cui si fa testamento o al momento della morte del testatore? Secondo i principii generali del nostro codice, parrebbe che il legato dovesse essere nullo solo nell'ipotesi che la cosa legata appartenga al legatario al tempo della morte del testatore, perchè quello è il momento decisivo per giudicare sulla validità o nullità di una disposizione testamentaria; è quello il momento in cui il legatario acquista il diritto; quindi si potrebbe dire: se al momento in cui si apre la successione e il legatario acquista il diritto, la cosa già appartiene a lui, il legato è nullo; ma se invece la cosa apparteneva al legatario al tempo in cui si fece il testamento e poi uscì dal suo patrimonio, di modo che al momento della morte del testatore la cosa non gli appartiene più, il legato è valido.

Pure non è così, giacchè il nostro Codice dispone diversamente nell'art. 843 "È nullo il legato di cosa che al tempo in cui fu fatto il testa=

mento era già in proprietà del legatario. Cosic=
chè da questa disposizione si ricava che il legato
è valido solo quando la cosa non appartiene al le=
gatario al tempo in cui fu fatto il testamen=
to; onde se apparteneva a lui in tale epoca, an=
corchè al tempo della morte del testatore non si
trovi più nel suo patrimonio, il legato è nullo.
Perchè? Questa disposizione non è che una ri=
produzione di ciò che disponeva il diritto romano;
ma il diritto romano era logico, laddove il nostro
è illogico, in quanto che il diritto romano appli=
cava in questo caso la regola Catoniana, cioè
il legato che sarebbe stato nullo se il testatore fos=
se morto al tempo in cui fece testamento, è nul=
lo anche se muore dopo.
Se il testatore fosse morto al tempo in cui fece il
testamento, cioè quando la cosa apparteneva al
legatario, il legato sarebbe stato nullo; quindi
il fatto posteriore non giova a convalidare il le=
gato nullo. Ma dal momento che il nostro
Codice non ha ammessa la Catoniana come
regola generale, e non ne ha fatto applicazione ad
altri casi consimili, è illogico che ne abbia fat=
to applicazione solo a questo.
Adunque questo articolo non è che un avanzo storico,
(o, come oggi si direbbe, un fenomeno di sopravvivenza)
ma non ha fondamento nè di ordine razionale, nè
di ordine positivo. Esaminiamo ora il caso che la co=

sa legata non appartenesse al legatario al tempo del te=
stamento; il legato nasce valido. Ma se la cosa al tem=
po della morte del testatore si trova in proprietà
del legatario, il legato è valido o nullo?
Il Codice distingue due ipotesi: il legatario ha ac=
quistato la cosa legata o dallo stesso testatore o da
un terzo: se l'ha acquistata dallo stesso testato=
re a titolo oneroso, l'erede deve dargli il valore
della cosa; se l'ha acquistata a titolo gratuito,
l'erede non deve dargli niente. Se invece la cosa le=
gata l'ha acquistata da un terzo, allora vuol
dire che il testatore ha legato una cosa altrui,
una cosa che non apparteneva al suo patrimo=
nio; e allora, dice la legge, se il legatario ha ac=
quistato la cosa dal terzo a titolo oneroso, il le=
gato sarà valido per il valore corrispondente, se
dal testamento risulta che il testatore sapeva che
la cosa era di altri; se invece ha acquistata la
cosa dal terzo ma a titolo gratuito, non avrà
diritto a niente.

Cosicchè bisogna distinguere acquisto a titolo
oneroso e acquisto a titolo gratuito: il legatario
se ha acquistato la cosa a titolo oneroso, ha diritto
al valore di essa, diritto che gli spetterà incondizio=
natamente se ha acquistata la cosa dallo stesso
testatore nonostante il principio che l'alienazio=
ne della cosa legata importa revoca del legato:
ma se ha acquistato da un terzo, gli spetterà so=

lo, ove il testatore avesse mostrato di sapere che la cosa era altrui; ma se abbia acquistato a titolo gratuito tanto dal testatore che da un terzo, non ha diritto a niente.

Ciò risulta dal capov. dell'articolo 843 in cui si dice: "Che se questi l'ha acquistato di poi dal testatore o da altri, ha diritto al prezzo, qualora concorrano le circostanze espresse nell'art. 837, e nonostante ciò che è stabilito nell'art. 892, salvo che la cosa in ambedue i casi fosse pervenuta al legatario a titolo meramente gratuito"

L'art. 837 cui si fa richiamo, riguarda il legato di cosa altrui, e l'art. 892 dice che l'alienazione della cosa legata importa revoca del legato.

Qui non ostante l'espressione poco chiara del codice, bisogna distinguere due ipotesi; cioè non si applica l'art 892, quando la cosa legata appartiene al legatario al tempo della morte del testatore mentre apparteneva al testatore al tempo in cui fece testamento; e si deve applicare lo art. 837, nell'ipotesi che la cosa legata al tempo del testamento apparteneva ad un terzo; e quindi è necessario che il testatore mostri di sapere che la cosa apparteneva ad altri.

Spieghiamo la ragione della disposizione dell'articolo 843. Se il legatario ha acquistato a titolo oneroso dallo stesso testatore, sebbene principio generale sia che l'alienazione della cosa legata

importa revoca, in quanto il testatore alienando la cosa legata dimostra la volontà di revocare la disposizione fatta, pure la legge non ravvisa simile volontà nel caso che la cosa legata sia alienata allo stesso legatario: la legge in questo fatto ravvisa un'altra volontà, quella non già di revocare il legato, ma di sostituire alla cosa legata il suo valore: è un'interpretazione benigna della volontà del testatore.
Se il legatario ha acquistato da un terzo, allora giustamente la legge dice che si applicano le stesse regole che si riferiscono al legato di cosa altrui, il quale è valido solo quando il testatore ha mostrato nel testamento che sapeva che la cosa apparteneva ad altri. E sebbene quando il testatore ha legato una cosa altrui, l'erede ha l'obbligo o di dare la cosa in natura o di dare l'equivalente, pure siccome dare la cosa in natura nel caso che il legatario l'abbia già acquistata non è possibile, rimane l'obbligo succedaneo di darne il valore.
Fin qui la disposizione della legge appare pienamente giustificata. Ma poniamo l'ipotesi che l'acquisto sia compiuto a titolo gratuito. Se il testatore dopo aver legato una cosa a Tizio, poi gliela dona, evidentemente il legatario non può pretendere quella stessa cosa a titolo di legato, perchè il testatore sapeva di aver legato la cosa che

donava e perciò non ha inteso fare altro che anticiparne l'esecuzione mediante la donazione; ha fatto cioè più di quello che voleva fare col testamento in cui dimostrava di voler dare la cosa in futuro e eventualmente, mentre con la donazione ha attribuito un diritto certo e attuale.
Quindi il fatto della donazione fa sì che il legatario non abbia a pretendere niente dall'eredità del testatore, perchè egli ha già avuto la cosa che il testatore gli aveva legata.
Lo stesso avviene, dice la legge, quando il legatario acquista la cosa a titolo gratuito, non già dal testatore, ma da un terzo. Simile ipotesi è possibile in questo caso. Il testatore lega a Tizio una cosa altrui, pur sapendo che la cosa era di altri, ed esprimendo nel testamento questa sua conoscenza.
Il terzo la cui cosa fu legata a Tizio, la dona allo stesso Tizio; cosicchè la cosa altrui legata validamente si trova nel patrimonio del legatario. Perchè in questo caso il legatario non ha diritto a niente? Perchè la liberalità del terzo vale ad eliminare la liberalità del testatore?
Il testatore quando legò la cosa altrui, sapeva di legare non già la cosa effettiva, ma o la cosa o il valore di essa, nel caso che l'erede non volesse o non potesse prestare la cosa in natura; quindi sua intenzione fu di legare in qualsiasi

caso, il valore della cosa.
Ora se il testatore aveva questa intenzione, la lo=
gica naturale vorrebbe che nel caso che il legata=
rio abbia acquistato la cosa a titolo gratuito dal
terzo debba averne il valore, perchè il fatto del
terzo non può equivalere al fatto del testatore: il
terzo non può considerarsi come esecutore della
volontà del testatore, mentre egli è uno che agi=
sce indipendentemente. Ora, per quale ragione
l'acquisto gratuito compiuto dal terzo deve va=
lere ad estinguere il terzo? Una ragione logi=
ca non c'è, ma c'è una ragione puramente sto=
rica che si trova nel diritto romano.
"Duas causas lucrativas in eumdem per=
sonam et ob eamdem rem concurrere non
posse" [1] dicevano i romani, cioè una persona
non può avere la stessa cosa per due cause lucra=
tive. Ora il Codice nostro non ha fatto che ap=
plicare questo principio, cioè il legatario non può
avere la stessa cosa due volte a titolo gratuito,
mentre può avere la stessa cosa due volte: una
volta a titolo gratuito e un'altra a titolo oneroso.
Ma perchè non può avere due volte la stessa cosa
allo stesso titolo?
Alcuni romanisti dicono che questa è una regola
logica, perchè, essi dicono, una cosa non può essere

---

[1] Cf §6 Instit. de legat. II. 20.

più volte mia. E' giusto e l'abbiamo riconosciu=
to anche noi, ma questo come non impedisce che
quando si è acquistata una cosa a titolo oneroso,
si possa acquistare a titolo gratuito il valore corri=
spondente alla cosa, così non impedisce nemme=
no che, acquistata la cosa a titolo gratuito, non
si possa avere anche a titolo gratuito il valore cor=
rispondente.
Se la massima: "una cosa non può essere più vol=
te mia" dovesse prendersi in senso rigoroso, ne sa=
rebbe la conseguenza che se il legatario ha acqui=
stato la cosa a titolo oneroso da un terzo o dal=
lo stesso testatore, non potrebbe pretenderne il valo=
re: ma invece, come gli stessi romani dicevano
giustamente: "res semel mea, amplius mea
esse non potest sed pluries deberi potest" u=
na cosa non può essere di mia proprietà, più
di una volta, ma può essere oggetto di più obbli=
gazioni distinte. Ora qui è appunto il caso di
vedere se la cosa legata, pur non potendo entrare
due volte nello stesso patrimonio, possa essere obbiet=
to di distinte obbligazioni cioè una volta come
species e una volta come valore. Se questa pos=
sibilità si avvera per la cosa legata acquistata
a titolo oneroso, perchè non potrebbe aversi lo stes=
so effetto nel caso che il legatario abbia acquista=
to la cosa da un terzo a titolo gratuito?
La massima romana citata è dunque priva

di fondamento razionale, è una regola che ha un valore affatto storico. Sebbene regni grande incertezza sull'origine storica di questa massima arbitraria, il Ferrini crede che sia avanzo di un'altra regola più generale che contraddice agli scopi pratici, ma più logica.
La regola generale sarebbe stata questa: "duas causas in eandem personam et ob eandem rem concurrere non posse", cioè una persona non può avere una stessa cosa per due titoli diversi; o che tutti e due questi titoli siano gratuiti o siano onerosi, o uno sia gratuito e l'altro oneroso. E questa regola stessa generale era effetto di un altro principio, spinto dai romani fino agli estremi limiti della esagerazione, cioè: "quae in eum casum inciderunt a quo incipere non poterant, nullius momenti sunt" cioè i negozi giuridici diventano nulli, ove anche posteriormente alla loro formazione, si avverano quelle circostanze di fatto che, se fossero preesistite, li avrebbe resi nulli fin dal principio. Ora, quando si fa un negozio giuridico in cui la cosa è di impossibile prestazione, esso deve considerarsi come nullo: quindi pensarono i romani, anche se l'impossibilità della prestazione sopravviene, è nullo il negozio, come se quella impossibilità fosse preesistita.
Come non si può avere vendita valida, se la co=

sa appartiene già all'acquirente, e non si può avere donazione valida se la cosa appartiene al donatario, e non si può legare la cosa che già appartiene allo stesso legatario; perchè manca l'oggetto del negozio; così anche si avrà nullità di questi negozi, se pur essendo validi nel principio, si verifichi dopo la stessa circostanza di fatto, che li avrebbe resi nulli, se si fosse verificata precedentemente.

Perciò, se alcuno ha acquistato una cosa che era obbietto di un precedente rapporto obbligatorio verso un'altra persona, tenuta a dargliela sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, è come se questa cosa gli fosse appartenuta fin dal momento in cui sorse il rapporto di credito; e siccome in tale ipotesi il rapporto sarebbe stato nullo, così questo rapporto diventa nullo per il sopravvenire della stessa circostanza. Ma la massima "*quae in eum casum inciderunt a quo incipere non poterant nullius momenti sunt*" è inesatta nella sua generalità, tanto per diritto romano che per diritto nostro; e per dimostrare che spesso è falsa, basta portare un esempio tratto dal diritto nostro. Un interdetto non può compiere un contratto valido senza la rappresentanza del tutore e il concorso delle formalità volute dalla legge. Poniamo che una persona sia capace nel momento in cui compie un contratto e che do-

po sopravvenga l'interdizione.
L'interdizione sopravvenuta rende forse nullo il contratto, come se l'interdizione fosse stata preesistente? Certamente no, ma applicando quella regola, dovrebbe essere così. Perciò quella regola non ha una portata generale; d'altro canto si fa di essa un'applicazione formalistica nel caso che la cosa obbietto di un rapporto obbligatorio diventi posteriormente proprietà del creditore: perchè è vero che la cosa già appartenente al legatario, al donatario, al compratore, non può essere oggetto di un negozio giuridico in favore di costui; ma è vero d'altra parte che il fatto che la cosa si trovi nel patrimonio del creditore per una causa diversa sopravvenuta, non importa impossibilità dell'adempimento dell'obbligazione, e quindi estinzione di questa.
L'obbligazione infatti si estingue tanto per diritto romano quanto per diritto nostro, solo quando la cosa da darsi sia perita per caso fortuito o sia stata posta fuori commercio; perchè allora vi è impossibilità effettiva di acquistarla e consegnarla al creditore. Ma nel caso che la cosa si trovi nel patrimonio del creditore, non vi è impossibilità, come non v'è nel caso che si trovi nel patrimonio di un terzo, poichè astrattamente è sempre possibile l'acquisto di esso e anche in linea di fatto quando l'acquisto non possa compiersi, si può prestare l'equiva=

Tanto è vero che i romanisti stessi si avvidero di questo, limitandolo nel principio al caso di concorso di due cause lucrative, mentre nel caso che il creditore avesse acquistata la cosa a titolo oneroso, trovarono che quella impossibilità non c'era, e stabilirono che si dovesse pagare l'equivalente. Dunque quella massima si addimostra infondata al lume dei principi logici e giuridici, ed estranea al diritto nostro che non è affatto formalistico, ma è un diritto che nell'interpretazione dei negozi giuridici tiene precisamente conto della volontà dell'uomo. Ora qual'è la volontà del testatore quando lega una cosa che sa di essere di altri? È di legare il valore della cosa. Quindi che cosa importa se il legatario al tempo della morte del testatore si trova di avere avuto questa cosa a titolo gratuito; la volontà del testatore si può sempre seguire in quanto che si può sostituire il valore alla cosa.

Perciò l'art. 843 si dimostra niente altro che un vestigium antiqui iures perchè vi troviamo sanzionate due massime le quali se avevano qualche ragione di essere nel diritto romano non ne hanno nessuna nel nostro; la regola catoniana e la regola del concorso delle due cause lucrative.

---

§149 - Legato di cosa generica.

Così abbiamo parlato del legato di specie, ossia del legato di cosa individualmente determinata. Ma il legato può avere anche per oggetto una cosa indeterminata nei caratteri individuali, cioè può avere per oggetto un genus, una specie, una quantità.

Quali sono le regole di questi legati? Perchè il legato sia valido è necessario che non si tratti di un genus summum: il testatore non può dire: lego a Tizio un animale, un oggetto qualsiasi, invece è necessario o che sia indicato il genere prossimo o specie, un cavallo, oppure un genere più circoscritto: un cavallo arabo, un cavallo sardo. Quando c'è tale determinazione, e quindi l'arbitrio dell'erede non rimane sconfinato, allora il legato è valido. Similmente si dica per il legato di quantità: Il testatore può dire: "Lego tanti litri di vino, tanti ettolitri di frumento". Ma se dice "Lego del vino o del frumento" il legato è nullo per indeterminatezza dell'oggetto. Si applicano anche qui i principi generali relativamente all'obbietto dell'obbligazione. La legge nell'art. 840 dice che il legato di cosa generica è valido anche se nessuna cosa del genere o della specie indicata si trovi nel patrimonio del testatore sia al tempo del testamento, sia al tempo della morte.

Così viene a distinguersi nettamente il legato di cosa determinata da quello di cosa generica.

Perchè sia valido un legato di cosa determinata individualmente, è necessario che la cosa legata si trovi nel patrimonio del testatore al tempo della sua morte, altrimenti il legato è nullo, perchè per essere valido il legato di cosa altrui occorre che il testatore abbia espresso di conoscere trattarsi di cosa altrui.

Invece quando si tratta di legati di genere, siccome il genere non è, come tale, obbietto di proprietà, poco importa se tanto al tempo del testamento, quanto al tempo della morte, il genere indicato non si trova nel patrimonio del testatore.

Così io che non possiedo vino nè frumento, posso dire: lascio a Tizio tanti litri di vino, tanti moggi di frumento, perchè non si trasmette direttamente il diritto di proprietà dal testatore al legatario, ma s'impone l'obbligo all'erede di procurarsi quel dato genere, la qualcosa è sempre possibile. La legge dice: È valido il legato di cosa mobile indeterminata, ecc, onde gli autori hanno creduto che il legato di genere non può essere che un legato di cosa mobile, perchè altrimenti non si capirebbero le parole adoperate dalla legge.

Quindi secondo essa il legato di un immobile indicato pel genere cui appartiene è un legato

invalido. Così non potrei dire: "Lego a Tizio una vigna, una casa composta di tanti vani, ecc." Ma questa è una opinione infondata: la legge ha parlato di cose mobili solo perchè ordinariamente sono le cose mobili quelle che vengono determinate per caratteri generici: mentre ordinariamente quando si tratta di un immobile, questo viene designato con i suoi caratteri individuali, cioè con la sua estensione, con la sua ubicazione; ma nulla osta che si possa lasciare una cosa immobile determinata con caratteri generici e in modo da non lasciare all'erede uno sconfinato arbitrio.
Se io dico: "Lascio un immobile a Tizio", siccome gli immobili sono tanti, lascerei all'arbitrio del terzo di dare al legatario anche una piccolissima striscia di terra, e quindi ci sarebbe nullità del legato in base al principio generale che l'oggetto del legato deve essere determinato. Ma se io dico: "Lascio a Tizio tante ettare di vigneto o di seminato sebbene esse possano distaccarsi da un fondo piuttosto che da un altro dalla parte a sud invece che dalla parte a nord, tuttavia l'arbitrio del terzo non è sconfinato, perciò il legato è valido, sebbene si tratti di cose immobili.
Vi è legato che partecipa del legato di specie e del legato di genere, è il legato di cosa da prendersi in un certo luogo. L'art. 842 dice: "Il le=

gato di cosa o di quantità da prendersi da un cer=
to luogo ha soltanto effetto se la cosa vi si trova, e
per la parte che ve ne sia nel luogo indicato dal
testatore„ Cosicchè il legato è valido solo se e in
quanto la cosa o la quantità si trova in quel luo=
go. Se dico: "Lascio a Tizio l'argenteria di tavo=
la che si trova nella tale credenza„ quel denaro
che si trova nel cassetto della mia scrivania„ Qui
io indico il genere, l'argenteria da tavola che si
trova nella tale credenza, indico la quantità,
il danaro che si trova nella mia scrivania; e a
prima vista parrebbe che se anche niente si trovas=
se nella tale credenza, nella mia scrivania, il
legato sarebbe sempre valido secondo quanto abbia=
mo detto poc'anzi.

Invece non è così: la determinazione del luogo
qui equivale a determinare il genere, di modo
che si applica il principio del legato di cosa deter=
minata, onde se la cosa o la quantità si trova
in quel dato luogo, e nella quantità in cui si tro=
va, il legato è valido. Perciò se io dico: "Lascio il
denaro che si trova nel cassetto della mia scriva=
nia, e poi niente si trova in quel cassetto, nien=
te sarà dovuto; se si trova un centesimo, sarà
dovuto un centesimo. Però una questione nasce
su queste parole: "Il legato di cosa o di quanti=
tà da prendersi da un certo luogo ha soltanto
effetto se la cosa si trova„ Che vogliono dire que=

ste ultime parole? Che la cosa deve trovarsi in fatto, o basta che abitualmente vi stava e vi sarebbe ivi trovata in atto, se circostanze accidentali non fossero sopravvenute?

Facciamo un esempio, per chiarire la questione. Io lego l'argenteria da tavola che si trova nella mia credenza, perchè ordinariamente l'argenteria da tavola si soleva conservare in quel posto. Mettiamo che il testatore per un banchetto dato da un amico abbia prestato quell'argenteria e che la sua morte avvenga prima che l'argenteria sia stata rimessa al posto. Potrà il legatario pretendere l'argenteria? Se l'articolo si deve applicare alla lettera, non gli apparterrà; perchè nel momento in cui muore il testatore, l'argenteria non si trova nel posto da lui indicato: ma per una benigna interpretazione, accolta dalla giurisprudenza, si ritiene che bisogna guardare all'abitualità, non già all'attualità dello stato delle cose al tempo della morte del testatore. Quindi nel caso da me fatto, se l'argenteria non si trova in quel posto, ma vi si soleva trovare, apparterrà al legatario.

Così poniamo che alcuno abbia detto: "Lascio a Tizio il denaro che si trova nella mia cassaforte" e che l'amministratore, prima del giorno della morte del testatore, gli avesse dovuto

consegnare delle somme esatte per conto di lui da=
gli inquilini, coloni, ecc.

Se queste somme si fossero versate, si sarebbero tro=
vate certamente nella cassaforte; perciò ancorchè
di fatto non si trovano in quel posto, ma presso
l'amministratore, apparterranno al legatario, per=
chè in quel dato luogo si soleva trovare il dena=
ro che il testatore ritirava dall'amministratore.

Non avviene però lo stesso nel caso che le somme
che si riponevano ordinariamente nel cassetto
della scrivania del testatore, siano state depositate in
una banca. Non si può sostenere che anche nel ca=
so di deposito presso una banca, il legatario abbia
diritto alla somma depositata, adducendo che que=
sto danaro soleva trovarsi nel cassetto della scriva=
nia e solamente per circostanze eccezionali si è tro=
vato presso la banca.

Poichè quando si deposita il danaro in una ban
ca, non si fa un vero e proprio deposito; ma un de=
posito irregolare che è una specie di mutuo; quin=
di ciò che esiste al tempo della morte del testato=
re non è denaro, ma titolo di credito occorrente
per richiedere la restituzione del denaro; quindi
non si può dire che ci sia cosa indicata dal testa=
tore. Invece se il danaro è stato affidato per una
circostanza qualsiasi alla custodia di una persona,
mentre soleva trovarsi in quel dato cassetto, come per
esempio potrebbe avvenire in caso di incendio, in cui

per sfuggire al pericolo una persona abbia affida=
to il suo danaro ad un altro di sua fiducia, cioè
si tratta di un vero e proprio deposito fatto in ci=
costanze eccezionali: in questo caso quel denaro ap=
parterrà al legatario.
La cosa determinata genericamente o una quan=
tità viene trattata dalla legge come cosa determi=
nata, quando il testatore l'abbia lasciata come
cosa appartenente al suo patrimonio. In questo
caso, dice la legge, il legato è valido se la cosa al
tempo della morte si trova nel patrimonio del te=
statore, e per la quantità che vi si trova (art. 843)
Così se dico: "Lascio due dei miei cavalli, cento
ettolitri del frumento che trovasi nel mio magaz=
zino" In questo caso, pur avendosi un legato di
genere o di quantità, occorre che la cosa si trovi
nel patrimonio del testatore, perchè questi ha de=
signato il genere o la quantità come appartenen=
ti al suo patrimonio, quindi si applica lo stesso
principio del legato di cosa determinata.

---

§ 150. Legato di universitas facti.
Il legato può avere per obbietto una universalità
di cose, cioè un insieme di cose, cioè un insieme di
cose determinate e che avuto riguardo dello scopo pra=
tico formano un sol tutto e perciò sono designati
da un unico nome (una biblioteca, una pinaco=

teca, un gregge) Il testatore può legare una cucina un salotto, una guardaroba. Non si tratta che di vedere l'intenzione del testatore, cioè che cosa intendeva per cucina, per salotto, per guardaroba: tutte le cose comprese in una di queste parole e che formano un'unità e aventi un unico scopo, apparterranno al legatario.

Si ha ancora un legato di universitas facti nel caso di legato di un'azienda commerciale la quale è un complesso di cose disparate, cose mobili e cose immobili, cose corporali e cose incorporali, formanti una unità, non già giuridica, ma economica, inquantochè l'insieme di queste cose mira ad un unico scopo pratico, l'esercizio di un dato commercio. Adunque se io dico: "Lascio la mia azienda commerciale" bisogna vedere di che cosa è composta questa azienda; cosicchè apparterranno al legatario non solo le cose mobili, ma anche le immobili, non solo le cose corporali, ma anche le incorporali, e quindi diritti e obblighi. Ancora io posso lasciare al legatario tutte le cose mobili del mio patrimonio, tutta la mobilia del mio appartamento o tutta la casa mobiliata. A proposito delle parole mobili, mobilia, casa mobiliata, la legge stabilisce una regola speciale di interpretazione che si trova negli art. 422, 423, 424. Ma è importante notare che il criterio che la legge accoglie per ritenere quali cose sono comprese in queste espressioni e quali sono esclu=

se, è un criterio relativo non assoluto: esso ha carattere suppletivo che può servire solo quando mancano altri elementi per determinare quale sia stata effettivamente l'intenzione del testatore.
Quando il testatore dice: "Lascio tutte le cose mobili„ sono compresi in questa parola i titoli di credito o non sono compresi? La legge dice che non sono compresi, ma può accadere che vengano compresi, se tale intenzione risulti dall'insieme delle disposizioni, oppure se si prova che il testatore in altre occasioni usando quella parola mobili vi comprendeva i titoli di credito. Perciò tutto si riduce ad una interpretazione di volontà.

---

§ 151. Legato di diritti:
Oltre le cose corporali possono essere anche oggetto di legato le cose incorporali, ossia i diritti. Cominciamo dai diritti reali. Il legato può avere per oggetto qualsiasi diritto reale da costituire o da estinguere: si può avere un legato d'usufrutto anche se si estenda a tutto il patrimonio, si può avere un legato di uso, di abitazione, un legato di servitù prediale: anche l'enfiteusi può derivare da legato e secondo me, anche un'ipoteca si può costituire mediante testamento e quindi per legato.
Soltanto non può essere oggetto di legato la trasmissione di certi diritti reali già esistenti. Io non pos-

so fare oggetto di legato l'usufrutto che già esiste in mio favore, una servitù prediale, senza il fondo dominante, mentre benissimo posso costituire un nuovo usufrutto su una cosa mia, una nuova servitù prediale a vantaggio di un fondo del legatario.
Ancora un diritto reale può essere oggetto di legato sotto l'aspetto di una liberazione.
Io ho un diritto di servitù in mio favore; ho un'ipoteca sopra un fondo di altri. Ebbene io posso rinunziare per testamento a questi diritti: la rinunzia sarà efficace per i diritti reali che possono sussistere anche dopo il tempo della mia morte, come la servitù prediale, l'ipoteca, ma non sarà efficace per il diritto di usufrutto: perchè alla mia morte l'usufrutto ope legis si consolida colla proprietà.
Se io lego al proprietario del fondo servente il diritto di servitù costituito a mio favore, il legato è valido, perchè vale come estinzione del mio diritto di servitù. Se io lego l'ipoteca al proprietario di un fondo su cui essa grava, questo legato è valido, in quanto libera il legatario dell'ipoteca; se io lego al mio enfiteuta il diritto spettante a me, come domino diretto, di avere l'annuo canone, questo legato è valido perchè il legatario viene liberato dal canone.
Il legato di un diritto reale, segue le stesse regole del legato di proprietà. Cioè il legato che ha per oggetto la costituzione di un diritto di usufrutto, di uso,

di una servitù in tanto è valido in quanto la cosa oggetto di questo diritto appartenga al testatore, al tempo della sua morte, oppure se appartiene al terzo, in quanto il testatore mostrò di sapere che la cosa apparteneva ad altri; le stesse regole insomma che si applicano ai legati di cosa determinata si applicano ai legati di diritti reali.
Come i diritti reali, così anche i diritti di credito, possono essere oggetto di legato; cioè si può legare un diritto di credito che si ha contro una persona. Qual'è l'efficacia di questo legato? L'efficacia è la stessa che si produce con la cessione del credito. Non si deve credere, come a prima vista parrebbe, che la trasmissione di un credito si operi solo per mezzo della cessione. La cessione è un modo fra i più comuni per trasmettere un credito per atto tra vivi; ma il legato di un credito produce lo stesso effetto della cessione, cioè trasmissione del credito da un creditore a un altro; la differenza sta solo nella forma perchè il legato di credito produce trapasso del diritto di credito da un creditore antico ad un creditore nuovo, senza bisogno che tale passaggio sia notificato al debitore, come invece occorre nel caso di cessione.

Però la legge prevede il caso che il credito legato prima della morte possa essere estinto per una ragione qualsiasi in tutto o in parte. Se il credito legato è estinto in tutto, il legato è nullo, perchè non

si trova niente nel patrimonio del testatore; invece se il credito è estinto solo in parte, il legato sarà valido per quella parte per cui è ancora in vita (articolo 844).

L'erede però non è obbligato a garentire nè l'esistenza del credito nè la solvibilità del debitore; perchè egli rimane estraneo al rapporto che intercede fra il testatore e il legatario; egli non ha altro obbligo che di dare al legatario i titoli che sono la prova del credito (art. cit. capov.) Oggetto del legato può essere non solo un credito che il testatore ha contro un terzo, ma anche un credito che il testatore ha contro lo stesso legatario. In questo caso si dice che il legato è un legato di liberazione. Questo legato produce lo stesso effetto dell'atto tra vivi che si dice remissione del debito. Quando io lego un credito che ho contro il legatario, intendo dire che non voglio che egli paghi più il debito, cioè vengo a liberare il debitore del debito: onde si ha lo stesso effetto della remissione. Infine si può legare anche il debito. Come si lega il debito? Che efficacia ha il legato di debito?

Il legato di debito consiste in questo che il debitore lega ciò che egli deve al suo creditore. Per diritto romano questo legato era nullo se non importasse vantaggio al creditore. Per il nostro codice invece non c'è questa limitazione. Però se il legato di debito è sempre un legato valido, non produce efficacia pratica se non valga come rafforzamento dell'obbligazione preceden=

te, rafforzamento che può manifestarsi in vari modi o col togliere la condizione cui era posto il debito, o col togliere il termine, di modo che il credito sia esigibile prima del tempo stabilito, o col fornire di un titolo chi ne era privo.

Al legato di debito bisogna equiparare la ricognizione di debito, cioè la dichiarazione di debito. Io, nel testamento mi dichiaro debitore di Tizio; se il debito realmente sussiste la dichiarazione di debito non è che un legato di debito il quale viene rafforzato in quantocchè, mentre prima non c'era un titolo per provarlo, ora con quella dichiarazione il titolo esiste, o mentre prima c'era un titolo invalido, ora c'è un titolo valido; ma può avere anche un altro scopo pratico, quello di mascherare una liberalità. Io posso dire: "Io mi dichiaro debitore di Tizio di £ 1000" mentre questa somma non è dovuta a Tizio. Simile dichiarazione di debito è un legato valido o nullo? Non si può dare una soluzione generale, ma bisogna distinguere secondo i casi. Se il debito non esiste in realtà, la dichiarazione di debito potrà valere come una liberalità, cioè quale legato della somma corrispondente a quella dichiarazione, e perciò se il legatario è persona capace di ricevere, il legato sarà valido; ma se io faccio una falsa dichiarazione di debito a favore di un incapace di ricevere per testamento, questa dichiarazione dovrà ritenersi nulla. Di vero, quando si

fa una dichiarazione di debito a favore di una persona capace di ricevere per testamento, laddove il debito non esiste sotto la causa falsa (il debito), si nasconde la causa vera (la liberalità), quindi la disposizione è valida: ma quando la persona, in favore della quale si fa la dichiarazione di debito, è incapace, allora, scoprendo sotto la causa falsa la causa vera, si trova una disposizione nulla, perchè vietata dalla legge.

Così dicasi per le dichiarazioni di proprietà che si sogliono fare nei testamenti; per es: "Dichiaro che quell'immobile da me posseduto appartiene a Tizio".

Queste dichiarazioni, se si riferiscono a beni mobili, possono facilmente valere come dichiarazioni di proprietà vere e proprie e, secondo i casi, come atti di liberalità, ma se si riferiscono a cosa immobile, la cui proprietà risulti da titoli appartenersi al testatore, non può valere come dichiarazione di proprietà, ma sarà un vero atto di alienazione: e quindi, come legato, sarà sottoposta alla tassa di successione e a tutte le regole del legato.

Perciò se si fa simile dichiarazione di proprietà a favore di incapaci, cioè figli naturali, notaio, testimoni partecipanti alla confezione del testamento, ecc, poichè con essa si mira a frodare la legge, dovrà dirsi nulla.

Un altro legato di cui il codice si occupa, è quello che ha per oggetto gli alimenti da prestarsi ad

una persona.
Il legato di alimenti può assumere due aspetti: legato di alimenti sic et simpliciter e legato di una data quantità per alimenti. I due legati differiscono in ciò che quando si fa un legato di alimenti in genere, la quantità di essi può essere determinata secondo i bisogni dell'alimentando, e l'entità dell'asse ereditario. Invece quando si fa un legato di una data quantità per alimenti, si deve dare la quantità determinata di alimenti, sia che essa riesca sufficiente ai bisogni dell'alimentando, sia che riesca insufficiente. Il legato di alimenti inoltre mira allo scopo di alimentare il legatario, e quindi presuppone in lui il bisogno, non esistendo il quale, il legato non è dovuto. Nel legato di alimenti si comprende non solo il vitto, il vestiario e l'alloggio, ma anche tutto ciò che è necessario all'alimentando per dedicarsi ad un'arte o ad una professione. (art. 846).

---

§ 152. Requisito del legato - Accettazione e rinunzia.

Quando si acquista il legato? Per diritto romano il legato si acquistava solo al tempo dell'accettazione dell'eredità, essendo il legato una dipendenza della istituzione di erede: onde se l'erede avesse rinunziato, il legato era caducato. Da ciò sorgeva l'in=

conveniente che, se il legatario fosse morto prima dell'accettazione dell'eredità, i suoi eredi non potevano prendere niente.
Per ovviare a questo inconveniente, i giureconsulti romani introdussero la distinzione tra acquisto del diritto ad avere il legato e acquisto del diritto obbietto del legato. Cioè decisero che sebbene non nascesse il diritto, obbietto del legato, prima dell'accettazione dell'eredità, pur nondimeno prima di questo tempo, il diritto di acquistare il legato esisteva ed era trasmissibile agli eredi. Ciò si esprimeva colle frasi "*dies legati cedit*" e "*dies legati venit*". "*Dies legati cedit*" significa che alla morte del testatore nasceva il diritto ad acquistare il legato, cioè si acquistava il ius ad quirendi che in fondo non era che una aspettativa di diritto, garentita dalla legge, e che si trasmetteva agli eredi.
Invece *dies legati venit* quando si acquistava il diritto legato, quando cioè l'accettazione dell'eredità era avvenuta.

Questa distinzione che facevano i romani tra *dies cedens* e *dies veniens* nel diritto nostro non ha più ragione di essere. Poichè il legato è indipendente dall'istituzione di erede, onde è valido ancorchè l'istituzione di erede non esiste, e rimane efficace ancorchè l'erede rinunzi, non poteva farsi dipendere l'acquisto del diritto legato dall'accettazione dell'eredità, e quindi non si poteva distinguere

tra il momento dell'accettazione dell'eredità (dies veniens e quello dell'apertura della successione (dies cedens)

Per diritto nostro dies legati cedit ac venit al tempo della morte del testatore, cioè dell'apertura della successione. Così non si distingue un ius adquirendi legatum e il diritto stesso legato: non v'è altro diritto che all'obbietto legato; diritto che nasce al momento della morte del testatore, tranne quando il legato sia sotto condizione, nel qual caso il diritto del legato non nasce che col verificarsi della condizione; onde se prima del verificarsi di questa, il legatario muore, il diritto non è trasmissibile agli eredi. Ma tranne questa eccezione, per regola generale il diritto del legato venit ac cedit al tempo della morte del testatore. L'acquisto del diritto ha luogo ipso iure, oppure è necessaria l'accettazione?

Per diritto romano l'accettazione non era necessaria; quando il dies legati veniebat, cioè quando l'erede aveva accettato, il legato si acquistava ipso iure dal legatario. L'accettazione che questi faceva non era altro che la conferma dell'acquisto avvenuto, ma non era necessaria.

Che dirsi per diritto nostro? Per diritto nostro dobbiamo dire lo stesso, perchè non c'è nessuna disposizione in contrario; soltanto la differenza è questa che, mentre nel diritto romano l'acquisto

del legato avveniva al momento dell'accettazione dell'eredità, oggi avviene al momento dell'apertura della successione; ma l'acquisto si compie ipso iure e l'accettazione che sopravviene non è che una conferma dell'acquisto già compiuto.
Quindi, anche all'insaputa del legatario, anche senza la sua volontà, il legato si acquista alla apertura della successione o col verificarsi della condizione sospensiva; però siccome non si può avere alcun diritto contro la propria volontà, è data facoltà di rinunziare al legato. Questa opinione però è stata combattuta da alcuni autori i quali credono che senza l'accettazione il legato non possa dirsi acquistato; cosicchè se il legatario muore prima dell'accettazione, egli trasmette agli eredi non già il diritto alla cosa legata che può essere anche diritto reale o di proprietà, ma trasmette il solo ius adquirendi, cioè il diritto di accettare e quindi acquistare la cosa; onde finchè l'accettazione non si compia, il diritto legato appartiene all'eredità, non al legatario.
Coloro che così ragionano si basano sulla lettera dell'articolo 862 che a me pare invece favorevole alla opinione da essi combattuta.
Infatti l'art. 862 dice: "Qualunque legato puro e semplice attribuisce dal giorno della morte del testatore il diritto al legatario, trasmissibile ai suoi eredi, di conseguenza la cosa legata."

Ora dicono quegli autori, che cosa si trasmette all'apertura della successione?
Si trasmette all'erede o al legatario il diritto alla cosa legata, non già la cosa stessa. Evidentemente questa è una distinzione arbitraria. Come vedremo tra poco, non basta avere acquistato il diritto derivante dal legato per avere materialmente la cosa legata, ma bisogna domandarla. Quando la legge parla del diritto di conseguire la cosa legata, non intende parlare del diritto di accettare per acquistare la cosa legata, ma del diritto di conseguire materialmente la cosa legata domandando all'erede l'esecuzione del legato. Se la legge avesse voluto fare distinzione tra il diritto ad acquistare il legato ed il diritto alla cosa legata, non avrebbe usato quella espressione, ma avrebbe detto: si trasmette agli eredi il diritto di accettare il legato, non già di conseguire la cosa legata: il diritto di conseguire la cosa legata suppone già avvenuto l'acquisto; il conseguimento infatti non è che l'adempimento di una precedente obbligazione e quindi l'effettuazione di un diritto preesistente.

E che sia così, si vede paragonando quest'articolo con l'articolo 939, in cui si dice che se l'erede muore prima dell'accettazione, trasmette ai suoi eredi la facoltà di accettare l'eredità; e non dice trasmette la eredità, o trasmette il diritto di

immettersi nel possesso dei beni ereditari. Ora tenendo conto della locuzione diversa adoperata nell'art. 862, riesce chiaro il pensiero del legislatore. Cioè quando si tratta di eredità, sebbene questa si acquisti ipso iure, pure l'accettazione è un elemento principale dell'acquisto, cosicchè prima dell'accettazione c'è un diritto imperfetto che ha bisogno, per diventare perfetto, dell'accettazione, onde chi muore prima dell'accettazione, non trasmette agli eredi il diritto pieno sull'eredità, ma il diritto di perfezionare l'acquisto, ossia di accettare. Invece trattandosi di legato, la legge, dicendo che si trasmette agli eredi il diritto di conseguire la cosa legata, si riferisce all'esecuzione del diritto, non già al diritto in se stesso, perchè altrimenti avrebbe adoperato la stessa locuzione dell'art. 939.

D'altro canto non c'era bisogno di cambiare un sistema già ammesso anche nel diritto romano, per cui il legato si acquistava ipso iure senza bisogno di accettazione, la quale serviva soltanto per confermare l'acquisto —

Cosicchè anche se l'accettazione non si avvera, e decorrono trenta anni dall'apertura della successione, non perciò il legato è perduto; al contrario di quello che avviene per l'eredità. Se la eredità non si accetta nel periodo di trenta anni, è prescritta la facoltà di accettare, prescrizione che importa perdita del diritto ereditario.

Invece non essendo l'accettazione un elemento necessario per l'acquisto del legato, ne deriva che se anche il legatario non cura di fare l'accettazione, il suo diritto è acquisito, e, anche scorso il termine di trenta anni, egli è sempre in tempo di accettare, appunto perchè l'accettazione non è che una conferma del diritto già acquistato.

Tanto l'accettazione che la rinunzia al legato sono atti unilaterali di volontà, perchè alla loro validità non occorre il concorso della volontà dell'erede obbligato a prestare il legato. Tanto per l'accettazione che per la rinunzia, non occorre forma solenne. Per l'eredità vi sono diverse specie di accettazione: espressa, tacita e presunta.

Per l'accettazione di eredità espressa è necessario un atto scritto qualsiasi da cui risulti la volontà di accettare; invece per l'accettazione del legato non è prescritta nessuna forma: onde può farsi anche verbalmente, giacchè non si può paragonare ad un atto di acquisto pel quale è necessaria la forma scritta, ma invece trattasi di una conferma dell'acquisto già compiuto.

Lo stesso si dica per la rinunzia: mentre la rinunzia all'eredità deve farsi con una forma specialissima, cioè mediante una dichiarazione presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione, invece la rinunzia al legato può farsi in qualunque

modo; solo però, secondo me, si deve fare eccezione pel caso di rinunzia ad un legato di cosa immobile.

Perchè? Posto il principio da cui noi partiamo, che cioè l'acquisto del legato si compia ipso iure, la rinunzia al legato viene ad importare rinunzia ad un diritto già acquistato, e se obbietto di questo diritto è un immobile, ne viene la conseguenza che la rinunzia al legato è rinunzia ad un diritto su un immobile, che può essere un diritto di proprietà, di usufrutto, di uso, di abitazione, di servitù prediale.

Ora, per l'art. 1314 non solo gli atti che trasferiscono diritti reali immobiliari sono sottoposti alla forma scritta, ma anche gli atti di rinunzia ad uno di questi diritti. Onde se la rinunzia al legato importa rinunzia ad un diritto immobiliare già acquistato, evidentemente in questo caso si richiederà la forma scritta; altrimenti la rinunzia non potrà avere efficacia giuridica.

Qual'è la capacità richiesta per l'accettazione o la rinunzia del legato? In generale si può dire che per l'accettazione si richiede la capacità di obbligarsi e di disporre. Lo stesso dicasi per la rinunzia, per la quale è necessaria pure la capacità di disporre servendo la rinunzia alla estinzione di un diritto: perchè si possa estinguere un diritto è necessario che chi compie la

estinzione sia uno che possa disporre del suo patrimonio.

Una questione nasce rispetto alla donna maritata, la quale ha piena capacità di disporre. Noi già abbiamo sostenuto che la donna maritata può rinunziare all'eredità senza autorizzazione del marito; ma si può dire lo stesso per il legato? Non si può, perchè l'art. 134 dice che la donna non può alienare beni immobili senza l'autorizzazione del marito. Ora se la rinunzia al legato importa alienazione in senso lato, cioè diminuzione del patrimonio, e se obbietto del legato è una cosa immobile, la rinunzia al legato importa perdita del diritto immobiliare, alienazione dell'immobile in senso lato; quindi sebbene la donna maritata possa rinunziare ad un legato in genere, per rinunziare validamente ad un legato di cosa immobile è necessaria l'autorizzazione maritale: giacchè questa rinunzia rientra nella categoria delle alienazioni di immobili; in quanto che per alienazione non bisogna solo intendere il trasferimento del diritto di proprietà da una persona ad un'altra, ma anche la perdita di un diritto già acquistato.

Ora, poichè secondo la nostra opinione, prima della rinunzia l'immobile è stato già acquistato ipso iure, la rinunzia importa perdita di tale diritto già acquistato, e quindi vi è neces-

sità dell'autorizzazione maritale. Però altri autori non seguono questa opinione.

Quali sono gli effetti dell'accettazione e della rinunzia? Il primo effetto è la retroattività dell'accettazione, la quale in qualunque tempo avvenga, essendo un atto conservativo, retroagisce all'epoca dell'apertura della successione. Lo stesso logicamente non si potrebbe dire per la rinunzia: se la rinunzia costituisce perdita di un diritto acquistato, dovrebbe giusta i principii generali aver efficacia ex nunc: cioè è pel tempo posteriore a quello in cui vien fatta.

Pur non di meno per la legge nostra non è così. La rinunzia al legato, sebbene importi estinzione di un diritto già acquistato pure è retroattiva. Ciò non è detto dal Codice espressamente; ma si rileva dagli articoli già esaminati rispetto al diritto di accrescimento. Uno dei casi in cui ha luogo il diritto di accrescimento è la rinunzia di uno dei collegatari, la quale produce l'effetto del diritto di accrescimento, come se il collegatario fosse stato incapace, premorto o commorto col testatore, cioè come se non fosse stato mai chiamato.

Ora se la rinunzia di uno dei collegatari produce il diritto di accrescimento in favore degli altri, e il rinunziante si ha come non mai chiamato, è chiaro che essa ha effetto retroattivo e non ex nunc.

## §153. Indole del diritto derivante dal legato.

Il diritto sul legato si acquista come abbiamo detto, al tempo dell'apertura della successione e ipso iure, tranne che non si tratti di legato sotto condizione sospensiva, in cui il diritto si acquista col verificarsi della condinione. Ma di che natura è il diritto che si acquista? Sempre in tutti i casi, è un diritto di credito contro chi è obbligato a prestare il legato, sia l'erede singolo, siano tutti gli eredi, sia un altro legatario: basta che sia aperta la successione, perchè quando il legato è puro e semplice si abbia il diritto a conseguire la cosa legata. Questo effetto si ha qualunque sia la specie di legato: legato di cosa determinata, legato di genere, legato di cosa altrui, legato di diritto reale o di credito o di alimenti.

Ma oltre l'effetto dell'acquisto del diritto di credito, un altro ne può nascere secondo i casi, cioè l'acquisto di un diritto reale. Avverasi per il legato lo stesso fenomeno che per i contratti; quando si compie un contratto traslativo di proprietà, nasce sempre un diritto di credito contro l'alienante, ma oltre a questo diritto nasce il diritto reale, perchè il consenso delle parti trasferisce la proprietà senza bisogno di alcun modus adquirendi: così per effetto della vendita si acquista un diritto di credito contro il venditore tanto se la

vendita sia stata fatta sotto condizione, quanto se sia stata fatta puramente e semplicemente, tanto se si tratti di cosa determinata, quanto se si tratti di cosa indeterminata; ma spesso oltre questo diritto di credito contro il venditore, si acquista lo stesso diritto reale sulla cosa obbietto della vendita.

Così avviene per i legati: in base al legato si acquista il diritto di credito, ma nel tempo medesimo si acquista in certi casi lo stesso diritto reale senza bisogno di tradizione, nè di altro modus adquirendi, ma per effetto della volontà dello stesso testatore. Quando avviene questo? Perchè, oltre il diritto di credito, nasca dal legato un diritto reale, è necessario che la cosa legata sia un oggetto capace di diritto reale. Quindi nascerà un diritto reale di proprietà contemporaneamente al diritto di credito quando oggetto del legato sia una cosa specificatamente determinato e di proprietà del testatore. Invece se si tratta di cosa altrui e il testatore mostra la conoscenza che la cosa è di altri, o si tratta di cosa determinata pel genere, al tempo dell'apertura della successione nasce il diritto al legato, ma come un diritto di credito, non come un diritto di proprietà; perchè allora si può parlare di acquisto di proprietà di una cosa, quando questa sia determinata nei suoi caratteri individuali, e appartenga all'alienante.

Cosicchè il diritto di proprietà su cosa determinata in modo generico o su cosa altrui, non nasce contemporaneamente al diritto di credito, ma posteriormente, cioè quando la cosa altrui sarà acquistata dall'erede, o quando la cosa generica sarà individualizzata.
Così anche nel caso di legato di usufrutto, uso, servitù prediale, o altro diritto reale lasciato dal testatore; se oggetto di esso sia una cosa determinata individualmente, il diritto reale nascerà al tempo in cui nasce il diritto di credito, cioè all'apertura della successione. Di modo che, anche prima della accettazione, il legatario non acquista solo, come dice la legge, il diritto di conseguire la cosa legata, ma ne acquista il diritto di proprietà.
E questo è importante per gli effetti che ne derivano, giacchè l'erede, nei casi in cui l'oggetto del legato è determinato nei suoi caratteri individuali ed appartiene al testatore, non acquista alcun diritto di proprietà su d'esso. Cosicchè mentre il legatario, anche prima di avere materialmente la cosa legata, può fare atti di disposizioni su di essa, può cederla, gravarla di un peso, lo stesso non può fare l'erede, il quale se impone un peso su di essa, o se l'aliena, fa un atto nullo.
E si noti, se l'erede vende, impone un peso, o concede un'ipoteca su una cosa determinata legata ad un terzo, anche prima che questi ne otten=

ga il possesso, l'atto da lui compiuto è nullo, ancorchè trascritto.

Il terzo acquirente dell'erede non potrà dire al legatario: "Io ho un titolo trascritto che tu non hai, giacchè il tuo acquisto non apparisce dei pubblici registri, mentre io ho pubblicato il mio acquisto; e quindi debbo essere a te preferito, dacchè è principio generale che gli acquisti trascritti sono "preferiti" a quelli non trascritti.

Questo principio nel caso nostro non si può applicare; perchè la trascrizione è un criterio di preferenza tra più acquirenti quando si tratti di due atti entrambi sottoposti a trascrizione; ma quando, come nel nostro caso, sono in conflitto due acquisti, di cui uno è sottoposto a trascrizione e l'altro no, come è il legato, non si applica più il principio di preferenza derivante dalla trascrizione: il legatario acquista _ipso iure_ ed _erga omnes_ senza bisogno di trascrivere. Inoltre per gli stessi atti sottoposti a trascrizione questa costituisce criterio di preferenza quando i due acquirenti in conflitto abbiano avuto causa dallo stesso autore; invece qui vi sarebbero due acquirenti, l'uno dei quali ha avuto causa dal testatore (il legatario) e l'altro ha avuto causa dall'erede; onde in simigliante ipotesi, vi sia o no trascrizione, chi acquistò dal vero proprietario, deve essere preferito a colui che acquisti _a non domino_ ancorchè

questo ultimo abbia trascritto. Ne il terzo potrebbe dire: io ho contrattato in buona fede e a titolo oneroso con chi si spacciava proprietario della cosa giacchè in tal caso l'acquisto del terzo è valido.
No, perchè a tale scopo è necessario che l'erede sia apparente (art. 933); ma qui si tratta di acquisto compiuto contrattando col vero erede, che però non aveva un diritto sul bene alienato, essendo stato dal testatore sottratto all'eredità per farne oggetto del legato.
Ma molte volte non si acquista un diritto reale, bensì un semplice diritto di credito, il che accade quando la cosa sia determinata genericamente; giacchè il diritto reale nasce dopo la specificazione della cosa, oppure quando si tratta di legato di una somma di danaro, di un legato di quantità o di un diritto di credito contro un terzo: in tutti questi casi non può parlarsi di diritto reale, ma di un semplice diritto di credito.
Quali sono le garenzie spettanti al legatario per assicurarsi il diritto di credito che nasce sempre in qualsiasi legato? Per diritto comune e per diritto francese c'era l'ipoteca tacita in favore del legatario, ma nel diritto nostro non c'è più.
Nel diritto nostro il legatario, per assicurarsi il conseguimento del suo diritto di credito, non ha altro mezzo che il beneficio della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, come

qualsiasi altro creditore dell'eredità

---

§154. Esecuzione del legato.

Ma non basta avere acquistato il diritto sulla cosa legata, bisogna metterlo in attuazione, occorre che l'obbligo corrispondente imposto all'erede sia adempiuto. Il legatore per tale scopo deve chiedere il possesso della cosa legata (art. 863). Perchè? Perchè per legge il possesso spetta di diritto all'erede, il quale ha l'investitura legale, la saisine iuris di tutti i beni ereditari. Quindi il legatario, ancorchè abbia acquistato il diritto di proprietà sulla cosa legata, non può immettersi nel possesso di essa, ma deve domandarlo all'erede in via amichevole oppure giudizialmente.

Solo quando abbia ottenuto il possesso dall'erede, può immettervisi giuridicamente: se vi si immettesse da sè arbitrariamente, l'erede avrebbe contro di lui l'azione di spoglio. La legge dice che bisogna domandare il possesso della cosa legata; ma questa disposizione si applica solo nel caso che si tratti di diritto di proprietà o di diritto reale su cosa determinata individualmente.

Se invece il legato ha per oggetto una cosa generica, una quantità di danaro, un diritto di credito, evidentemente non è il possesso che si deve domandare, ma piuttosto la esecuzione del legato: cosicchè

la parola possesso adoperata dalla legge, non bisogna prenderla alla lettera, ma bisogna darle il significato di possesso vero e proprio, se si tratta di legato di proprietà o di diritto reale, di esecuzione in genere se si tratta di diritto di credito.
Cosicchè poniamo che si tratti di legato di cosa genericamente determinata, il legatario deve chiedere all'erede che proceda alla scelta, e dopo avrà il possesso della cosa che colla scelta sarà individualizzata. Supponiamo che l'erede debba dare al legatario un tanto l'anno, un tanto al mese; si può chiedere in tal caso il possesso della cosa legata? No certo; ma bisogna credere l'esecuzione effettiva del legato. Come deve farsi la consegna quando si tratta di cosa di cui il legatario può chiedere il possesso?
Deve essere consegnata la cosa legata nel luogo in cui si trova, perchè è il creditore che si deve recare nel domicilio del debitore. Riguardo poi al tempo in cui deve farsi la consegna, se non c'è un termine fissato dal testatore, il legatario può chiederla in qualsiasi tempo; se invece il testatore ha fissato un termine, bisogna chiederla in quel termine. La cosa immobile deve essere consegnata con tutti gli accessori necessari e nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore (art. 876) In quanto ai deterioramenti avvenuti nella cosa, se questa è stata

teriorata per caso fortuito, l'erede non è responsabile; se è stata deteriorata per una colpa, ne risponderà.
Se invece sono stati fatti dei miglioramenti, il legatario non può pretenderli, perchè cedono a vantaggio di chi li ha fatti: in altri termini il legatario deve compensare l'erede delle migliorie.
All'art. 876 bisogna collegare l'art. 847 che dice: "Quando colui che ha legato la proprietà di un mobile, l'avesse accresciuto con acquisti posteriori, questi, ancorchè contigui non fanno parte del legato senza una nuova disposizione. Ne fanno parte gli abbellimenti, le nuove fabbriche dell'immobile legato e le ampliazioni al circuito di un recinto. Ciò vuol dire che se il testatore ha legato un terreno e dopo ha acquistato un altro lotto di terreno al primo adiacente, l'acquisto posteriore del terreno contiguo al primo, non fa parte del legato, giacchè si tratta di aggiunzione e non già di accessorio o di cose dipendenti dalla principale con la quale forma un sol tutto.
Invece se nel terreno legato alle antiche fabbriche si è aggiunta una nuova, questa nuova fabbrica fa parte del legato, perchè con quell'aggiunta la cosa legata non ha perduto la sua individualità, si è accresciuta, ma è sempre quella; così pure se ad un palazzo, oggetto di legato, si aggiunge un altro piano, evidentemente anche il

nuovo piano fa parte della cosa legata.

Insomma tutto ciò che costituisca aggiunzione, abbellimento della cosa legata, fa parte del legato. Anche le ampliazioni del circuito di un recinto fanno parte del legato. Io lego una cosa recinta da un muro, poi allargo questo recinto che chiudo con altro muro; ebbene, al legatario apparterrà la cosa legata col nuovo recinto più ampio. (art. 847).

Cosicchè solo nel caso che si tratti di acquisti nuovi non facenti parte della cosa legata, essi non appartengono al legatario; in tutti gli altri casi sì. Fra gli accessori della cosa legata debbono considerarsi anche i frutti e gli interessi.

Il legatario ha diritto ai frutti e agli interessi della cosa legata? Bisogna distinguere vari casi. La legge pone un criterio per questi casi: per se stesso il legato non produce frutto; il legatario cioè non ha diritto a domandare i frutti e gli interessi della cosa, tranne dopo la domanda giudiziale. Però dice la legge, se il testatore abbia altrimenti disposto nel senso che l'erede debba dargli i frutti e gli interessi, questi saranno dovuti dal giorno della morte del testatore, come pure saranno dovuti se la cosa è fruttifera naturalmente o si tratti di capitale impiegato.

Gli autori a questo punto parlano di eccezione alla regola, ma non si tratta di eccezione: i frutti sono accessori della cosa. Ora, se la cosa è frutti=

fera naturalmente o anche civilmente, è logico che chi è proprietario della cosa, sia proprietario anche dei frutti, e siccome il diritto sulla cosa legata si acquista all'apertura della successione, da quel momento si acquistano i frutti, sia civili che naturali. Ma se la cosa non è fruttifera, con che diritto il legatario potrebbe pretendere i frutti dal giorno dell'apertura della successione?

Si potrà pretendere solo dal giorno della domanda giudiziale, perchè allora non trattasi di frutti, ma trattasi piuttosto di indennità o compenso per il ritardo della prestazione, la quale se fosse stata fatta in tempo, avrebbe prodotto degli utili, mentre non fatta in tempo ha causato dei danni, di modo che il ritardo va compensato con gli interessi. Ecco come non si tratta di eccezione alla regola, ma si tratta di disposizioni diverse: se la cosa non è fruttifera non sono dovuti i frutti; se la cosa è fruttifera, siccome essa produce frutti, li produce a favore di chi ne è proprietario (art. 865)

Abbiamo detto che molte volte la cosa legata è una cosa indeterminata, o, per meglio dire, determinata solo per i suoi caratteri generici.

Che cosa può pretendere il legatario in questo caso? La legge dice che quando si tratta di legato di cosa indeterminata, possono darsi tre ipotesi: che la scelta della cosa competa all'erede, che competa al terzo, che competa allo stesso legatario (art. 870. 873).

Se la scelta competa al legatario, si capisce che egli può scegliere quello che vuole. Il testatore ha legato una pariglia di cavalli a scelta del legatario tra quelli che si trovano nella sua scuderia; dove vi sono cavalli mediocri e cavalli ottimi. Il legatario in tal caso può scegliere una pariglia di ottimi cavalli.

Ma che cosa avverrà quando la scelta è affidata all'erede o al terzo? La scelta per presunzione di legge appartiene all'erede tranne che il testatore non l'abbia affidata al legatario. Se la scelta appartiene all'erede, egli non è obbligato a dare l'ottima di quelle cose che si trovano di quel dato genere, ma nemmeno può dare la pessima. Quindi se riferendoci all'esempio precedente, nella scuderia si trovano cavalli di ottima, di media e di pessima qualità e la scelta è stata lasciata all'erede, questi è obbligato a dare quelli mediocri.

Lo stesso avviene quando la scelta è lasciata all'arbitrio del terzo, il quale deve osservare lo stesso criterio seguito dalla legge per l'erede. Se il terzo non vuole scegliere, l'autorità giudiziaria potrà nominare una persona che deve scegliere. Lo stesso ancora vale anche se la scelta è lasciata al legatario, ma la cosa non si trova nell'eredità.

Le medesime regole infine valgono quando il legato è alternativo. Rispetto al tempo dell'esecuzione

dei legati la legge ha posto gli [illegible] coli 866 e uno riguardante il legato di pensione vitalizia, l'altro il legato di quantità.

Quando si tratta [illegible] legato di rendita vitalizia si ha un legato s[illegible]ile alla prestazione alimentare, come pure il legato di prestazione annua, simile alla prestazione degli alimenti, perchè ordinariamente motivo di questi legati è di soccorrere ad una persona bisognosa; e inoltre un'altra somiglianza tra la prestazione alimentare e il legato di rendita vitalizia sta in ciò che entrambe le prestazioni non si prolungano oltre la vita dell'individuo beneficato. Ma vi è una differenza, ed è che mentre il legato di alimenti presuppone il bisogno dell'individuo mancando il quale viene a cessare il legato, non è così pel diritto alla pensione vitalizia.

Differisce poi il legato della pensione vitalizia dal legato annuo in genere, perchè quello è un legato unico e quindi si acquista dal giorno dell'apertura della successione come accade per tutti i legati, invece il diritto ad avere delle prestazioni annue è un diritto plurimo, nel senso che quando si fa un legato di più prestazioni annue, non si ha un solo legato, ma tanti legati quanti sono le prestazioni annue: cosicchè il diritto a questi legati non si acquista una volta tantum ma si acquista man mano che scadono le annualità.

Cioè la prima annualità si considera come legato puro e semplice; basta che il legatario sia vivo al tempo della morte del testatore perchè abbia diritto alla prima rata periodica: ma le altre annualità sono legati sottoposti alla condizione che il legatario sia vivo al principio del secondo ed ulteriore periodo, cosicchè anche se il legatario muore prima che si compia l'intero anno, tutta l'annualità gli è dovuta.

Invece non è così se si tratta di pensione vitalizia sebbene alcuni autori dicano che segue la stessa cosa. Il Codice ne ha parlato in due articoli diversi per distinguere il legato di pensione o rendita vitalizia dal legato di annualità.

La rendita rappresenta un capitale sia pure fittizio, che produce quelle annualità, onde le annualità sono frutti secondo la legge. Quindi segue che se il legatario è vivo al tempo della morte del testatore, acquista il diritto della rendita, ma non acquista l'intera annualità; egli ha diritto ai frutti di questa rendita fin tanto che è vivo, quindi in proporzione della durata di sua vita come del resto la legge dice espressamente a proposito di rendita vitalizia derivante da contratti (articolo 1799), nè si può far la distinzione tra rendita contrattuale e rendita testamentaria.

Invece se si tratta di un legato di annualità che consta di tanti legati diversi, ancorchè il

legatario non viva tutto l'anno dopo la morte del testatore, egli ha acquistato il diritto ad avere l'intera annualità.
Inoltre siccome il legato di rendita presuppone un capitale astratto che produce frutti, ne viene che si prescrive in trenta anni il diritto alla rendita, ma ogni singola annualità si prescrive in cinque anni. Invece dal momento che il legato di prescrizioni annue è un insieme di più legati per sè stanti, poichè ogni singola annualità non è il prodotto del capitale, ma costituisce capitale per sè stante, ne deriva che la prescrizione di ciascuna annualità non si compie in cinque anni, ma in trenta anni.
Ecco perchè la legge ha voluto distinguere questi casi che pur presentano tra loro molta affinità.

---

§ 155- *Obblighi dell'erede e del legatario.*
L'obbligo di prestare la cosa legata spetta o allo erede specificatamente designato o a tutti gli eredi, oppure al legatario incaricato. Quali sono gli obblighi che incombono sugli eredi? L'obbligo di consegnare la cosa, l'obbligo di sopportare tutte le spese che si riferiscono alla consegna. La legge dice che anche la tassa di successione è a carico dell'erede o degli eredi obbligati alla prestazione del legato, tranne il diritto di regresso

contro il legatario (art. 877 capov.)
Ma questa norma riguarda i rapporti tra eredi e legatario, non i rapporti tra il legatario e la Finanza; per la legge del registro, la tassa sui legati è liquidata a debito del legatario, e lo Stato ha il diritto di rivolgersi solidalmente contro l'erede e contro il legatario (art. 51 legge sul registro, testo unico 20 maggio 1897).
Quindi il fisco può rivolgersi contro il legatario per la tassa di successione senza che questi possa eccepire in base all'art. 877 del Cod. civ: "dovete rivolgervi contro l'erede non contro di me".
Però se lo Stato si rivolge contro l'erede, questi ha l'azione di regresso contro il legatario.
Quali sono gli obblighi del legatario? In generale il legatario non ha nessun obbligo, essendo egli uno che riceve una liberalità senza pesi, tuttavia ci sono casi in cui il legatario deve sopportare dei pesi, se il testatore ha disposto così.
Se il testatore ha disposto che il legatario debba pagare un debito ereditario, debba prestare un legato a favore di altri o fare un'opera qualsiasi, evidentemente egli è obbligato a sopportare questi oneri imposti dal testatore.
Ma anche senza la volontà del testatore, ci possono essere obblighi inerenti al legato che gravano sul legatario. Vediamo quali sono. L'art. 878 dispone: "Se la cosa legata è gravata di un cano=

ne, di una rendita fondiaria, di una servitù o di altro carico inerente al fondo, il peso ne è sopportato dal legatario. Se poi la cosa legata è vincolata per una rendita semplice, un censo o altro debito dell'eredità o anche di un terzo, l'erede è tenuto al pagamento delle annualità o degli interessi, della somma principale secondo la natura del debito, quando il testatore non abbia diversamente disposto".

In questo articolo la legge considera due ipotesi: l'ipotesi che sulla cosa legata vi sia un peso reale, e l'ipotesi che la cosa legata sia vincolata in garanzia di un diritto di credito.

Se la cosa è gravata di un'ipoteca in garenzia di una rendita semplice, un censo o di altro debito qualsiasi, il legatario non è tenuto personalmente a nulla, soltanto come ogni terzo possessore, dovrà tollerare l'espropriazione forzata del fondo, se non si avvale degli altri mezzi concessi dalla legge al terzo possessore dello immobile ipotecato, ed in ogni caso avrà il regresso contro gli eredi a norma dell'art. 1033.

Invece, se sulla cosa gravano degli oneri reali, è il legatario stesso che deve sopportare simili pesi. Quali sono questi?

Qui la legge cade in inesattezza e in contraddizione con i principii generali. Dice la legge: "Se la cosa è gravata di canone, ecc" Questo pri=

mo caso è esatto, perchè se la cosa è gravata di un canone enfiteutico questo deve pagarsi dal legatario. Lo stesso dicasi se la cosa è gravata di una servitù. Ma la legge aggiunge che il legatario deve pagare anche la rendita fondiaria che può gravare sulla cosa.

Ora come è possibile concepire un fondo gravato di rendita fondiaria? Questo era possibile nel diritto anteriore, quando la rendita fondiaria era un onere reale come il canone enfiteutico.

Ma oggi la rendita fondiaria non costituisce che un diritto di credito garentito da ipoteca iscritta sul fondo, quindi il caso della cosa gravata di rendita fondiaria doveva essere trattato in conformità della regola posta nel capoverso dell'articolo 878.

Ma perchè il legislatore ha disposto diversamente? Perchè questo articolo è stato riprodotto dal Codice Albertino. Quando si compilò quel Codice si fece osservare che la rendita fondiaria non era sempre inerente a un fondo determinato. Ma il Guardasigilli rispose che secondo le disposizioni del progetto le rendite che si costituiranno dopo la pubblicazione del codice, saranno sempre inerenti al fondo, e quindi si annoverò tra i pesi reali anche la rendita fondiaria.

La legge parla poi di rendita semplice oltre che di censi; il che non vuol dire niente. La parola

censo nel diritto antico significava quello che oggi diciamo rendita semplice; ma il legislatore usò questo pleonasmo per aver copiato male l'articolo 859 del Codice Albertino che parlava di rendita semplice o censo.

---

## IV) La successione necessaria.

### § 156. Concetto fondamentale.

La parte che ci resta a trattare per completare le successioni è quella che riguarda la così detta successione necessaria. Noi dicemmo a suo tempo che sebbene il codice parli di due sole specie di successioni: successione legittima e successione testamentaria, purnondimeno bisogna, scientificamente a queste aggiungere una terza specie, la successione necessaria che non è né la legittima né la testamentaria, in quanto che, mentre la successione legittima si dice quella che ha luogo ab intestato, cioè in mancanza di volontà del defunto, e la successione testamentaria è quella che si fonda sulla volontà del defunto, invece la successione necessaria è quella che contraddice alla volontà del defunto.

Essa non ha luogo quando il defunto ha semplicemente taciuto intorno alla disposizione dei suoi beni, ma quando il defunto ha disposto dei

suoi beni ma in modo da non rispettare la legge la quale impone un limite alla libertà di disporre. Ecco il concetto della successione necessaria, la quale ha luogo ope legis senza e contro la volontà del defunto.

Il Codice parla delle successioni necessarie nello stesso titolo delle testamentarie, sotto la rubrica: "Della porzione per cui si può disporre per testamento" e (quindi per correlazione) della porzione di cui non si può disporre per testamento, porzione che si chiama «legittima o di riserva» in contrapposto all'altra che si dice «disponibile»

Ma la topografia del Codice è difettosa e potrebbe darci un concetto poco esatto delle successioni necessarie. Infatti potrebbe parere e pare a prima vista, che di successione necessaria debba parlarsi solo nel caso in cui c'è testamento. Però se ciò avviene nella maggior parte dei casi, non è sempre così. Poniamo che una persona abbia esaurito tutto il suo patrimonio mediante liberalità con atti *intervivos*, cosicchè al momento della sua morte, nulla trovino i figli. Si aprirà o no la successione necessaria? In questo caso non si può parlare di successione testamentaria, perchè il defunto non ha fatto testamento; non si può parlare di successione *ab intestato* giacchè questa presuppone che alla morte del

defunto, vi sia qualche cosa della quale egli poteva disporre e di cui non ha disposto, mentre nel nostro caso non c'è nulla avendo il defunto esaurito tutto il suo patrimonio.
Ora in questo caso i figli, o in mancanza gli ascendenti, il coniuge superstite, cioè tutte quelle persone a cui la legge riserva una porzione di beni, che diritto avranno? Avranno lo stesso diritto che avrebbero avuto se ci fosse stato il testamento, cioè potranno pretendere che le donazioni vengano ridotte e colla riduzione si formi quella porzione che la legge loro riserva a titolo di legittima. Avrà luogo così la successione necessaria pur non essendoci testamento.
Perciò meglio fa il Codice francese, il quale parla della porzione di cui non si può disporre sotto la rubrica delle regole comuni tanto alle donazioni quanto alle successioni testamentarie.
Il nostro Codice avendo separato, e in ciò è lodevole, le donazioni dalle disposizioni testamentarie, poi non ha avuto l'accorgimento di trattare in generale della porzione di cui si può disporre a titolo gratuito.
Infatti non solo per testamento non si può disporre di una certa porzione del patrimonio, ma neanche per atto tra vivi. Quindi la successione necessaria è per sè stante e importa un limite alla facoltà di disporre a titolo gratuito e

non soltanto alla libertà di testare.
È interessante però fermarci su questo concetto: nel diritto romano la successione necessaria esisteva come limite alla sola facoltà di testare, non come limite alla facoltà di disporre in generale, in quanto che le azioni che potevano esercitare i legittimari, non riguardavano le donazioni, ma riguardavano le liberalità testamentarie, e soltanto tardi fu introdotta l'actio de inofficiosa donatione la quale aveva un carattere specialissimo: presupponeva cioè la frode nel testatore, ma non aveva il carattere di garenzia reale della legittima.
Invece per il nostro codice la successione necessaria è un limite alla libertà di disporre in generale, cioè non solo è un limite alle liberalità testamentarie, ma anche alle liberalità per atti tra vivi.

---

## § 157 - Fondamento della successione necessaria.

Quale è il fondamento della successione necessaria?
È facile riconoscerlo per quello stesso che abbiamo posto per la successione legittima. Dicemmo a suo tempo che il fondamento della successione legittima non deve ricercarsi nella presunta volontà del defunto, ma piuttosto nel diritto di comproprietà familiare, intesa questa parola in senso largo, non già nel senso tecnico di comproprietà secondo il diritto romano, cioè in senso morale piut=

tosto che giuridico.
Però allora dicemmo che il concetto di comproprietà familiare era stato un po' troppo allargato, inquantochè non solo vengono chiamati alla successione abintestato quelli che formano parte della famiglia in senso stretto, ma anche i parenti più lontani. Invece il concetto di comproprietà famigliare riesce più adeguato come fondamento della successione necessaria, poichè essa s'avvera in favore di quelle persone che sono legate con i più stretti vincoli di sangue al defunto, con cui formano una unità organica: tali sono i discendenti, gli ascendenti e il coniuge.
Quindi il vero fondamento della successione necessaria è il diritto di comproprietà domestica. Perciò si può dire che gli eredi necessari sono quasi comproprietari dei beni del defunto: quindi non tanto nasce in loro favore un diritto nuovo, ma piuttosto il diritto che prima era latente e potenziale, diventa manifesto e attuale.
Tuttavia si è discusso intorno alla legittimità della successione necessaria; vi sono stati alcuni individualisti esagerati i quali hanno detto che sarebbe stato molto meglio lasciare al padre di famiglia ampia libertà di disporre delle sue sostanze poichè (così hanno ragionato) se il padre di famiglia crede bene di non lasciare niente ai figli, vuol dire che avrà le sue buone ragioni; quindi

bene rispettare la volontà dell'individuo.
Ma questo è un individualismo romantico che non corrisponde alla realtà della vita. Certamente nella maggior parte dei casi il padre di famiglia sa e adempie il suo dovere, ma molte volte (come la pratica della vita ci dimostra) questo dovere viene violato; quindi ben fa la legge ad intervenire imponendone l'adempimento.
Del resto oggi prevale la tendenza ad allargare il numero dei riservatari, cioè a far sì che la successione necessaria abbia luogo a favore di altre persone che dalla legge ora non sono chiamate: cioè fratelli e sorelle, e ciò in omaggio dei principii sociali che dominano anche nella scienza giuridica.
Checchè sia, certo è che la successione necessaria è il portato della civiltà, degna di essere mantenuta e di essere anche allargata, perchè se la libertà individuale merita rispetto, lo merita soltanto in dovuti limiti.

---

## §158 - Svolgimento storico della successione necessaria.

Nell'antico diritto romano per un principio della legge delle XII Tavole « uti pater familias legassit, ita ius esto » vi era ampia e illimitata libertà di testare. Ma a questo principio che in pratica trovava una limitazione morale nel

sentimento del dovere verso i figli, si introdusse con l'andare del tempo una limitazione giuridica.

Per frenare l'arbitrio del padre di famiglia, si introdusse il diritto della successione necessaria, diritto che fu dapprima meramente formale, cioè consistette nell'adempimento di una mera formalità; il padre di famiglia aveva l'obbligo di istituire eredi o diseredare i sui cioè i figli sottoposti alla patria potestà: se i sui erano maschi o discendenti in primo grado, aveva l'obbligo di diseredarli individualmente (nominatim), se erano discendenti di grado più lontano o femmine, bastava che li diseredasse in blocco (inter ceteros).

Questo diritto di successione necessaria formale continuò anche nel diritto pretorio. Perchè quando il pretore concesse il diritto di succedere agli emancipati, non fece altro che estendere quel diritto successorio formale, cioè il pretore concesse la possessio contra tabulas quando il testatore non avesse nè istituiti nè diseredati i figli emancipati, nominatim, se si trattava di maschi e discendenti di primo grado, inter ceteros se si trattava di femmine o di discendenti di altro grado: cosicchè per impedire la bonorum possessio contra tabulas bastava che il testatore diseredasse espressamente gli emancipati.

Fu il tribunale popolare dei centumviri che intro-

dusse in pratica un diritto successorio materiale: questo tribunale che aveva competenza speciale per i giudizi ereditari, volle che il padre di famiglia non si limitasse a contemplare i sui istituendo=li o diseredandoli, ma lasciasse sempre qualche co=sa a costoro, cioè il quarto della porzione che ai fi=gli sarebbe spettata nella successione ab inte=stato.

Così sorse il diritto di successione necessaria mate=riale. Nella legislazione giustinianea si riscontra un misto di diritto successorio formale e di dirit=to successorio necessario materiale; poichè per di=ritto giustinianeo si richiese il concorso di tutti e due gli elementi, il formale e il materiale: cioè fu necessario che il padre di famiglia lasciasse qualche cosa e che la lasciasse a titolo di istituzio=ne di erede; e inoltre Giustiniano permise la di=seredazione, ma solo per cause determinate.

Così sorse nel diritto giustinianeo il concetto del di=ritto alla legittima, diritto però che non equivale a quello di cui parleremo tra poco nel diritto no=stro.

Tale diritto alla legittima era il diritto ad avere una porzione della parte che i figli avrebbero avuto ab intestato, quindi costituiva un limite solo alla li=bertà di testare, non già alla libertà di disporre, dac=chè la successione ab intestato si apre sui beni effetti=vamente lasciati, cioè sul quid relictum. Perciò an=

che se il padre di famiglia avesse disposto per donazione di tutto il patrimonio, e quindi nulla fosse rimasto al tempo della morte, i legittimari non potevano agire per lega leggittima contro il donatario.

Inoltre il diritto alla legittima, anche secondo la legislazione giustinianea, non era efficacemente garentito, in quanto se il padre non istituiva eredi i figli, questi non avevano un'azione reale a garenzia del loro diritto.

Era stata, è vero, fin dai principii dell'età imperiale, introdotta nella pratica della Corte Centumvirale la *querela inofficiosi testamenti*, ma essa si fondava sul concetto morale più che giuridico, che cioè il figlio non istituito, abbia ricevuto offesa dal genitore per la mancata istituzione ed in secondo luogo il testatore abbia dimostrato non essere sano di mente.

Essa tendeva a far annullare per intiero il testamento come fatto *sub colore non sanae mentis* per ricevere la quota che sarebbe toccata ab intestato. Così veniva a sortire efficacia reale. Ma l'esercizio di tale azione che veniva considerata come *ultimum adjutorium*, era sottoposto a molte restrizioni in quanto veniva riguardata come un'azione ingiuriosa per la memoria del defunto. Così la querela si estingueva con la morte del legittimario, per qualsiasi atto, anche esplicito, di rinuncia e pel non esercizio in un periodo determinato di tempo.

Nel diritto giustinianeo fu introdotta un'azione indipendente a garenzia della legittima l'actio ad supplendam legitimam che non partecipa del carattere odioso della querela e non è soggetta alle limitazioni di essa.
Però essa è un'azione personale contro l'erede o coerede per ottenere il supplemento della parte dovuta a titolo legittimo, ma non si possono perseguitare i beni che si trovano in mano di terzi. Ciò non sarebbe bastato a garentire la legittima contro le donazioni che il de cujus avesse fatto in vita, perciò una costituzione di Alessandro Severo introdusse la querela inofficiosae donationis, ma essa aveva carattere personale e non reale, e secondo alcuni, bisognava dimostrare l'intenzione dolosa del disponente per poterla sperimentare.
Questo è in breve il concetto del diritto romano intorno alla legittima, concetto che subì delle modificazioni nel diritto intermedio. Nel diritto germanico ubi nullum testamentum, quando cioè il testamento non esisteva, vigeva il principio della comproprietà familiare e non si parlava di legittima; i figli e discendenti erano naturali successori del defunto; essi avevano diritto alla comproprietà del patrimonio del genitore quand'era vivo, diritto che alla sua morte si mutava in diritto di proprietà esclusiva.
Ma questo concetto venne poi ad essere limitato

dalle consuetudini che introdussero il diritto di disporre di una parte minima (un quinto) dei beni a favore di estranei, cosicchè tutto il resto era riservato ai figli, ed ecco come sorse l'istituto della riserva la quale così storicamente si dimostra come l'effetto della comproprietà domestica.

Nei paesi retti dal diritto consuetudinario, come in Francia, fu appunto l'istituto della riserva che venne applicato, mentre nei paesi retti dal diritto scritto, venne applicato il principio dell'istituto romano della legittima. La differenza era questa, che nei paesi del diritto consuetudinario i figli erano riservatari, cioè avevano sui beni lasciati dal padre un diritto di proprietà, non già nuovo e derivante dalla volontà del testatore, ma preesistente, sebbene in maniera latente e durante la vita del testatore; quindi l'azione a tutela di questo diritto era una azione reale, un'azione di rivendicazione, e non c'era bisogno che il testatore istituisse i figli eredi sulla parte riservata loro per legge.

Invece nei paesi di diritto scritto si seguì il principio romano, cioè il testatore doveva istituire eredi i figli perchè avessero la quota di legittima. Negli stessi paesi di diritto consuetudinario si seguì il sistema misto del diritto alla riserva e del diritto alla legittima in questo modo. Nelle consuetudini francesi si distinsero due specie di beni: beni propri ed acquisti; beni propri erano i beni di

famiglia; acquisti erano i beni acquistati dal de cuius.
Ora, mentre per i beni propri si applicò l'istituto della riserva, per gli acquisti si applicò l'istituto della legittima.
Cosicchè alla morte di una persona bisognava distinguere se i beni erano propri o erano acquisti.
Se erano beni propri, erano riservati ai parenti della cui linea provenivano: *paterna paternis*, *materna maternis*, se erano acquisti allora una porzione spettava ai discendenti che dovevano essere istituiti o diseredati. Cosicchè dei beni di una stessa persona, alcuni spettavano ai figli a titolo di riserva, altri a titolo di legittima. Con la rivoluzione francese si fuse l'istituto della riserva con l'istituto della legittima formandosi un unico istituto; perciò nel codice francese si parla indistintamente tanto di riserva quanto di legittima; tanto di legittimari quanto di riservatari.
Avvenuta questa fusione, ne derivò l'assorbimento dell'istituto della legittima romano nell'istituto della riserva, in quanto che quella che si chiamava legittima ebbe tutti i caratteri della riserva. Le consuetudini francesi, pur non ammettendo il diritto di comproprietà familiare, ritennero che gli eredi legittimari abbiano un vero diritto di proprietà sui beni lasciati dal defunto, che questo diritto di proprietà spetti loro esclusivamente per opera della legge indipenden=

tamente dalla volontà del defunto; che per di più in conseguenza di questo diritto, vi sono azioni reali non già personali, che inoltre questa riserva è un diritto di proprietà che vale non solo a limitare la facoltà di testare, ma anche la facoltà di disporre in generale, in quanto la lesione della riserva importa negli eredi riservatari e legittimari non solo il diritto di far ridurre le liberalità testamentarie, ma anche di far ridurre le donazioni.

Questo è il concetto fondamentale delle successioni necessarie ed il concetto della riserva o legittima nel diritto nostro.

---

§ 159. Caratteri della successione necessaria. È una successione ex lege.

Anzitutto la successione necessaria è una successione ex lege, nè più nè meno della successione ab intestato: però vi sono dei casi in cui si può dubitare se i successori necessari siano successori ex lege.

Quali sono questi casi? Primo caso: Il defunto nel suo testamento chiama erede universale colui che per legge sarebbe legittimario, poniamo, il figlio. In questo caso si può fare distinzione tra porzione che al figlio spetta a titolo di disponibile e porzione che gli spetta a titolo di legit-

stima?
Si può dire che questo figlio è erede in parte per testamento, in parte per legge? La questione potrebbe avere importanza pratica ove il figlio volesse scindere l'eredità e dire: "io accetto l'eredità dovutami per legge, e non accetto la disponibile".
Ora gli autori dicono che non si può fare questa scissione, giacchè unico è il diritto: dal momento che il testatore ha disposto della disponibile anche a favore del legittimario, questi ha un unico titolo, il testamento, perciò a questo erede saranno applicabili tutte le regole concernenti la successione testamentaria.
Noi siamo della stessa opinione, giacchè unica è l'eredità ed unica è la vocazione. Così anche nel caso in cui alcuno lascia al legittimario più di quello che gli spetta per riserva. Ma il caso più difficile a risolversi e in cui regna controversia, è quello in cui il testatore lasci al legittimario (figlio, ascendente, coniuge superstite) solo la legittima e dispone della disponibile a favore di estranei. Si domanda: in questo caso in cui il legittimario è stato contemplato dal testatore ma negli stessi limiti in cui la legge lo contempla, si ha successione testamentaria o successione legittima?
La questione ha importanza pratica in parecchi casi. È istituito erede della disponibile un e=

straneo e all'unico figlio il testatore lascia la sola legittima. Premuore il legittimario.
Se il legittimario si considera come successore per testamento, sulla quota del mancante si dovrà aprire la successione ab intestato, non essendovi diritto di accrescimento in favore dell'erede della disponibile.
Invece, se si considera come successore legittimo, allora, siccome egli è mancato prima dell'apertura della successione, ovvero se abbia rinunziato, si considera come non chiamato. La sua quota apparterrà all'erede testamentario che è l'erede universale. Suppongasi ora che sia premorto o manchi per altra ragione l'erede della disponibile, e il legittimario sia un ascendente. Se l'istituzione della legittima ha il carattere di disposizione testamentaria, l'ascendente conserverà ciò che gli provenne dal testamento e concorrerà con gli altri successibili ab intestato (fratelli e sorelle del defunto) sulla porzione disponibile rispetto a cui si aprirà la successione legittima a causa della caducità della disposizione testamentaria in favore dell'estraneo. Invece se l'istituzione della legittima si considera come successione ex lege, l'ascendente non avrà diritto che a concorrere con gli altri successibili nell'intero asse ereditario che dovrà ritenersi oggetto della successione ab intestato, e non già sulla parte dell'erede mancante. Ancora un altro caso si è spesso presentato nel-

la pratica specie dopo il disastro del terremoto di Reggio e Messina.
Muore l'erede istituito sulla disponibile e sopravvive la moglie del testatore, a cui era stata lasciata la sola legittima. La moglie sopravvissuta dice: "Giacchè il testamento è caducato per la mancanza dell'erede estraneo, io non intendo contentarmi della porzione lasciatami dal testatore, ma intendo prender parte alla successione ab intestato: intendo cioè che tutto l'asse ereditario venga diviso come se il testamento non ci fosse." La questione quindi si può formulare così: La successione deve considerarsi testata o intestata? La disposizione fatta a favore del coniuge superstite deve considerarsi come una liberalità testamentaria, o come una disposizione inutile o superflua, come una ripetizione di ciò che la legge ordina?

Ecco come può essere importante praticamente la risoluzione di tale questione. Gli autori non sono di accordo. Alcuni dicono che quando il testatore non fa altro che lasciare la sola legittima, si deve ritenere che egli non dia nulla: la sua è una disposizione superflua e quindi la successione ha luogo in base alla legge per tutti gli effetti. Altri dicono: bisogna distinguere secondo l'intenzione del testatore: se il testatore lasciò la sola legittima unicamente per forzata obbedienza alla legge, perchè capiva che anche non facendo così la legge avrebbe ai

tribuito una porzione dei beni al legittimario, allo=
ra quella disposizione è superflua e si avrà come
successione ex lege; ma se il testatore non ebbe que=
sta intenzione perchè volle spontaneamente fare sua
la volontà della legge, allora quella disposizione de=
ve considerarsi come una disposizione testamenta=
ria.

Ora questa opinione non è accettabile perchè non
si può distinguere nettamente tra l'una e l'altra
intenzione, e molto meno darne la prova: ma an=
che ammesso che si possa fare simile distinzione, resta
sempre il fatto che il chiamato dal testamento non ri=
ceve nulla più di quel che la legge gli concede e non a=
vendo più di quando dalla legge gli proviene, come si
può dire che succeda per testamento?
Egli succede per legge, giacchè avendo il testatore
fatto una inutile ripetizione, non si può parla=
re di liberalità testamentaria. Perciò nel caso in
cui il testatore lasci solo quel tanto che la legge con=
cede al legittimario, questi per tutti gli effetti de=
ve considerarsi come erede ex lege, quindi tutte
le regole della successione ab intestato dovranno appli=
carsi. Se invece il testatore ha concesso qualcosa in
più, evidentemente ha mostrato l'intenzione
di non volersi semplicemente conformare alla volon=
tà della legge; onde la sua liberalità importa
necessariamente successione testamentaria.

Nè in contrario si può dire che quando una persona

istituisce eredi in parti eguali tutti i suoi figli i quali così succedono allo stesso modo come se ci fosse testamento, si ha successione testamentaria, e non legittima. La cosa è ben diversa. Quando il testatore lascia ai figli tutto ciò che essi avrebbero avuto nella successione ab intestato, egli non fa una inutile disposizione, perchè la legge riserva ai figli la metà dell'asse ereditario, mentre egli ha loro attribuito tutto l'asse ereditario e ha fatto così una liberalità.

La successione ab intestato non è successione contro la volontà del testatore, ma una successione conforme alla presunta e normale volontà del testatore. Invece la successione necessaria è una successione contro la volontà del testatore: cosicchè quando il testatore lascia ai figli ciò che la legge loro esclusivamente riserva, non dà niente, mentre nell'altro caso, in cui divide tra loro tutto l'asse, dà qualche cosa che per la sola virtù di legge e contro sua volontà, non avrebbero avuto. Quindi secondo me, quando il testatore lascia al riservatario solo quanto la legge gli concede, questi deve considerarsi come un successore ex lege e quindi soggetto a tutte le regole che concernono la successione legittima.

---

§ 160 - La legittima è quota dell'eredità.

Un altro carattere della successione necessaria è

quello di essere a titolo ereditario, o in altre parole, come la legge dice, la legittima è quota dell'eredità.
Il legislatore nell'art. 808 ha sentito il bisogno di dire espressamente questo, giacchè nel diritto comune si faceva questione tra i giuristi intorno alla natura della legittima.
Giustiniano con la Nov. 115 obbligò, è vero, ad istituire eredi i legittimari, ma siccome si contentava che essi avessero in qualità di eredi anche una res certa di minimo valore (quando però la legittima venisse altrimenti completata) perchè il precetto si ritenesse osservato, nacque nel diritto comune la questione se ai legittimari spettasse la qualità di eredi, oppure quella di legatari. Alcuni sostenevano che si trattasse di successione a titolo ereditario, altri invece che affermavano il contrario; così era l'opinione prevalente che i legittimari avessero una quota di beni, cioè una quota spettante a titolo di legato. Tale questione può parere un po' strana a noi che partiamo dal concetto del Codice civile, secondo il quale chi ha una quota dei beni del defunto è per ciò stesso erede: ma non è tale dato il criterio del diritto romano intorno alla determinazione della qualità di erede giacchè secondo quel criterio, si poteva avere una quota del patrimonio del defunto senza essere erede, e d'altra parte si poteva essere eredi ancorchè istituiti in re certa.
Onde si capisce il dubbio se rispetto al legittimario

si trattasse di legato oppure di eredità. Il nostro codice, avendo mutato il criterio differenziale tra erede e legatario col disporre che qualunque disposizione avente per oggetto una quota del patrimonio del defunto conferisce la qualità di erede, logicamente ha dovuto ritenere che, spettando ai riservatari una quota del patrimonio, la metà se sono figli, il terzo se sono ascendenti, essi hanno la qualità di eredi. Ecco perchè la legge ha detto all'art. 808 "La porzione legittima è quota di eredità". Il che si trova annunciato anche nel Codice Albertino, ma non già nel Codice francese.

La ragione del silenzio di questo è che pel codice francese i legittimari non possono non essere eredi pel noto principio accolto dal legislatore francese: *solus deus heredes facere potest non homo*, cioè quelli soli chiamati per legge alla successione sono eredi, mentre gli istituiti nel testamento sono legatari sempre. Perciò la dottrina francese ritiene che il legittimario ha la qualità di erede nonostante il silenzio del codice. Il nostro codice però ha detto che la legittima è quota di eredità, solo avuto riguardo agli ascendenti ed ai discendenti, ma ci sono altri legittimari come il coniuge superstite ed i figli naturali.

Ora, si può generalizzare questo principio? Sì, perchè anche i figli naturali hanno una quota del patrimonio ereditario, e rimane solo il coniuge su=

perstite, che non si può considerare come erede perchè egli, avendo diritto ad una quota in usufrutto, deve essere considerato non come erede, bensì come legatario, giusta quanto abbiamo discorso ampiamente a suo tempo.
Quindi, messo da parte il caso eccezionale del coniuge superstite, noi possiamo, generalizzando la disposizione dell'art. 808, dire che ogni qualvolta la porzione del legittimario è in proprietà, si tratta di quota di eredità e conferisce al legittimario il titolo e la qualità di erede. C'è però qualche differenza tra la quota di eredità che costituisce la legittima o riserva e l'eredità in generale.
Mentre nella successione tanto testamentaria quanto ab intestato, la quota di eredità non è che una frazione del patrimonio lasciato dal defunto, invece la quota di eredità che costituisce la legittima, è una frazione non del patrimonio del defunto, quale fu lasciato, ma di questo integrato da tutto ciò che è stato disposto per liberalità tra vivi.
2°) Un'altra differenza è che mentre in generale la quota di eredità viene composta di tutti i beni mobili e immobili, di crediti, titoli di rendita e denaro, lasciati dal defunto, cioè chi ha il titolo di erede ha diritto al condominio ereditario e quindi ha diritto ad avere una parte del denaro, dei crediti, dei mobili, degli immobili eguale a quella che hanno gli altri coeredi;

pure, per ciò che riguarda la quota di riserva il legatario qualche volta non può pretendere una porzione eguale di tutti i beni ereditari, ma deve contentarsi di una cosa determinata o di alcune cose determinate.

Questo avviene nel caso in cui il legittimario ha avuto una donazione dal defunto a titolo di anticipata successione, ossia con l'obbligo dell'imputazione sulla legittima, dacchè per l'art. 1026 il legittimario deve imputare nella porzione di legittima le donazioni o i legati che abbia avuto, se vuole pretendere la riduzione delle donazioni fatte ad estranei. Cosicchè poniamo che il legittimario in occasione di matrimonio abbia avuto in dote od in donazione un fondo determinato il cui valore eguagli quello della quota di riserva; potrà egli aperta la successione dire: "io non voglio questo fondo, ma una parte dei crediti, dei mobili, degli immobili ereditari, voglio cioè essere considerato come condomino?" No, dal momento che deve imputare nella sua quota ciò che ha ricevuto, ne segue che per effetto dell'imputazione avrà dei beni determinati.

Però quando voglia rinunziare alla donazione o metta in collazione, o quando la donazione sia stata fatta a titolo disponibile e non sia il caso di domandare la riduzione, egli può benissimo domandare una quota ereditaria in natura.

§ 161 - Conseguenze che derivano dagli accennati caratteri della legittima.

Parliamo ora delle conseguenze che nascono dal fatto che la legittima o riserva è un diritto successorio e di più un diritto che conferisce la qualità di erede.

Dacchè il diritto alla legittima è un diritto successorio, ne deriva che esso non nasce se non alla morte del defunto. Prima il riservatario non ha che una semplice aspettativa di diritto che la legge non tutela; onde il discendente non può pretendere dal padre, durante sua vita, che gli assegni qualche cosa a titolo di legittima.

Per la nostra legge il padre non è obbligato nemmeno a costituire la dote alle figlie o a dare ai figli ciò che è necessario per l'esercizio di un'arte, industria, professione; tutto ciò che dà a titolo di dote e per l'esercizio di un'industria, arte o professione, si considera come una liberalità (art. 147, 1007) Così ancora se il genitore obbligato a riservare una parte del suo patrimonio, lo assottiglia con donazioni in modo da intaccare la legittima, i legittimari non possono far revocare le donazioni durante la vita del genitore, giacchè il diritto alla riserva non è ancora nato, e quindi non è garentito dalla legge: solo quando a morte del genitore questo diritto embrionale diventa un vero diritto perfetto, si possono eserci=

tare tutte le azioni a garenzia di esso e si potranno far ridurre le donazioni fatte con lesione alla legittima.

Ancora essendo il diritto alla riserva un diritto che nasce alla morte di colui che vi è obbligato, il riservatario non può durante la vita di costui cedere, vendere, alienare il suo diritto alla riserva, essendo la cessione, la vendita e ogni alienazione in genere, atti nulli, in quanto che con essi si disporrebbe di una futura successione, il che dalla legge viene proibito, essendo tutti i fatti di futura successione vietati.

Un'altra conseguenza è che si applicano al legittimario le regole riguardanti la successione causa mortis, perciò c'è incapacità a succedere come riservatario se il riservatario è indegno di succedere per testamento o ab intestato.

In quanto poi alla legittima è quota di eredità ne deriva che il legittimario come erede ha anche la così detta saisine héréditaire, cioè il possesso dei beni del defunto, senza bisogno di materiale apprensione e senza quindi bisogno di chiederne il possesso all'erede della disponibile; mentre il contrario seguirebbe se egli avesse la qualità di legatario. Un'altra conseguenza dell'indole ereditaria della quota di riserva è che se il legittimario istituito anche nella disponibile rinunzia all'eredità, non può conservare la legitti=

ma.
Chi rinunzia all'eredità si considera come non mai chiamato, non solo perciò che riguarda la disponibile, ma anche perciò che riguarda la legittima. Invece se la legittima fosse un semplice legato, la rinunzia alla eredità non importerebbe la perdita della legittima. Infatti se alcuno istituito erede in un testamento, rinunzia alla eredità e quindi alla qualità di erede, la sua rinunzia non nuoce all'accettazione del legato che gli sia stato fatto dal testatore.
Infatti mentre l'articolo 945 dice: "Chi rinunzia all'eredità è considerato come se non si fosse stato mai chiamato. La rinunzia però non lo esclude dal poter chiedere i legati a lui fatti" invece l'art. 1003 dice espressamente che "l'erede che rinunzia alla successione ...... non può ritenere o conseguire nulla a titolo di legittima"
Un'altra conseguenza è che il legittimario come ogni altro erede, è obbligato a concorrere al pagamento dei debiti, anche ultra vires, se non ha accettato col beneficio di inventario.
Invece se il legittimario fosse stato considerato come legatario, non sarebbe obbligato a pagare i debiti ultra vires, ancorchè non avesse accettato col beneficio di inventario. Un'altra conseguenza è che il legittimario essendo erede, ha il condominio dei beni ereditari e quindi non può l'erede della

disponibile digli: "In soddisfazione del tuo diritto, ti assegno un fondo o altro cespite particolare„ Il legittimario ha diritto a pretendere che di tutti i beni ereditari, gli si dia una parte corrispondente alla sua quota.

---

## §182 - Intangibilità della legittima.

Un altro carattere della riserva è che essa deve essere data in piena proprietà, cioè il diritto alla riserva non può essere diminuito dalla volontà del testatore. "La porzione legittima è quota di eredità: essa è dovuta ai figli, discendenti o ascendenti in piena proprietà, e senza che il testatore possa imporvi alcun peso o condizione„ (art. 808).

Tutto ciò che può importare diminuzione del diritto di riserva è nullo; giacchè il testatore può imporre una condizione, un peso, una qualunque modalità ad una liberalità che egli fa, in quanto chi dà una cosa come è libero di non darla, può darla con le restrizioni che crede. Ma rispetto alla legittima il testatore non può porre alcun peso o condizione, in quanto che la legittima è un diritto che sorge indipendentemente e contro la volontà del testatore il quale perciò non può nemmeno con la sua volontà, diminuirlo.

Esaminiamo ora alcuni casi in cui ci può esse=

re dubbio se vi sia o no un peso imposto sulla legittima.

Uno di questi casi è quello in cui il possesso dei mobili ereditari sia stato concesso all'esecutore testamentario. Ora noi crediamo che siccome il possesso dell'esecutore testamentario importa un peso, per quanto lieve, sulla legittima, l'esecutore testamentario avrà il possesso di quei beni che compongono la disponibile, non già di quelli che riguardano la riserva. Abbiamo visto che una delle clausole che si possono apporre in un testamento è il diritto di non alienare per un certo tempo. Ora se un padre di famiglia, sapendo che il figlio è un giovane dissipatore, non solo lo privasse della disponibile, ma rispetto alla legittima ponesse la clausola di non alienare finchè non avrà raggiunta una certa età, questa condizione, lecita in generale, non lo è in questo caso, perchè la quota di riserva non comporta alcuna condizione, tale essendo quella di non alienare per un certo tempo.

Lo stesso si dica dell'obbligo di stare in comunione. Noi sappiamo che il testatore può imporre l'obbligo di rimanere in comunione, finchè sia trascorso un anno della maggiore età del coerede minore (art. 934). Ora, si può imporre quest'obbligo quando vi sono riservatari? No perchè quest'obbligo costituisce un peso pel riservatario, il quale non potrebbe chiedere la di-

visione dei beni ereditari per tutto il tempo fissa=
to dal testatore.
Un altro caso anche notevole di peso imposto sul=
la legittima sarebbe quello in cui taluno lascia al=
le figlie la legittima coll'obbligo di costituirsela
in dote: tale obbligo è nullo perchè viene a limi=
tare la libertà e la pienezza della proprietà della
legittima. Lo stesso deve dirsi del caso in cui il te=
statore imponga il diritto di costituirsi in dote la
legittima. Quanto abbiamo detto però, è vero in
astratto, ma in concreto anche la legittima può
sopportare dei pesi e delle condizioni per effetto di
una incongruenza del legislatore.
Dal principio che il legittimario è erede deriva la
conseguenza, logicamente giusta, che il legittima=
rio non solo deve concorrere al pagamento dei de=
biti, ma anche al pagamento dei legati, appun=
to perchè l'erede è obbligato a pagare i legati.
Ma dal principio che il legittimario deve avere la
sua quota integra e indeminuita, sarebbe deriva=
ta la conseguenza opposta. Cioè il legittimario non
dovrebbe esser tenuto a pagare i legati perchè a=
dempiendo quest'obbligo, verrebbe a soffrire una dimi=
nuzione di ciò che la legge gli concede in misura
intangibile.
Infatti il testatore che voglia diminuire la legitti=
ma, può disporre dei legati esorbitanti, i quali essen=
do a carico anche dei legittimari, non farebbero che

diminuire la quota.

Quindi i due principi producono conseguenze opposte, ed il legislatore avrebbe fatto bene a fare prevalere il principio dell'intangibilità della riserva per cui il legittimario non sarebbe obbligato a pagare i legati; giacchè tale pagamento importa un peso imposto dalla volontà del testatore. L'obbligo di pagare i legati non doveva equipararsi a quella di pagare i debiti. Perchè l'obbligo di pagare i debiti è conseguenza della qualità di erede e deriva dalla legge: ma l'obbligo di pagare i legati non deriva dalla volontà della legge, ma dalla volontà del testatore. Se la legge avesse voluto rispettare rigorosamente il principio che la riserva deve essere indeterminata, avrebbe dovuto dire che il legittimario non è obbligato a pagare i legati e che perciò à diritto alla riduzione del legato senza eccezioni di sorta in qualunque modo abbia accettata l'eredità.

Invece la legge ha disposto (art. 972) che se l'erede legittimario vuole salva la sua riserva deve accettare col benefizio di inventario perchè solo così facendo ha il diritto a far ridurre sia le donazioni che i legati a chiunque essi siano fatti. Così, esercitando il diritto di riduzione, viene a mantenere illesa la sua quota di riserva, perchè ove i legati intacchino la legittima, non sarà tenuto a pagarli. Se invece l'erede riservatario non ha avuto

cura di accettare col beneficio di inventario, egli ha diritto a chiedere la riduzione dei legati soltanto se fatti ai suoi coeredi, ma non ha questo diritto se i legati sono fatti ad estranei. (art. cit.)
Come si vede, la legge ha adottato dei mezzi termini che non possono approvarsi poichè la logica esigeva che si fosse concesso sempre e in ogni caso ai legittimari il diritto di far ridurre i legati affinchè non soffrissero una diminuzione alla loro porzione di riserva. Un altro limite posto dalla legge al principio rigidamente logico che il riservatario, solo perchè erede, deve pagare i legati, si trova nell'art. 942.
In questo articolo si fa la ipotesi che, dopo accettata la eredità, si scopra un nuovo testamento che imponga all'erede di pagare dei legati.
In questo caso, se l'erede è un riservatario, secondo il rigore dei principii, dovrebbe pagare i legati contenuti anche nel testamento tardivamente scoperto.
Ma il legislatore ha considerato che il riservatario se ha accettato puramente o semplicemente, lo ha fatto perchè nessun peso secondo quel testamento gravava sulla sua legittima, mentre se si fosse conosciuto l'altro testamento che intaccava la legittima avrebbe accettato col beneficio di inventario, epperò per equità concede che in questo caso anche mancando l'accettazione col beneficio di inventario, si faccia salva la porzione di riserva.

---

§163. Composizione della parte spettante al legittimario.

Dal principio che la riserva è quota di eredità deriva la conseguenza che il riservatario è un condominio dell'eredità e quindi à diritto a pretendere la divisione dei beni in natura, ha diritto che la sua porzione materiale sia composta di una parte di ogni singolo cespite ereditario. Questo deriva anche dall'altro principio che la quota di riserva deve essere data in piena proprietà e senza pesi di sorta, perchè assegnare una cosa determinata invece di ciò che per legge spetta all'erede legittimario importerebbe un peso, una diminuzione della legittima.

Ma molte volte avviene che il testatore lasci alcuno erede della disponibile manifestando la volontà che nella quota disponibile entrino i fondi x ed y. Cosicchè il legittimario, se si deve rispettare la volontà del testatore, non potrebbe pretendere una parte proporzionale di questi fondi x ed y. Oppure il testatore può dire: "Lascio a Tizio la disponibile, a mio figlio Mevio la legittima, ma voglio che costui abbia il fondo tale in soddisfazione del mio diritto. Può darsi un terzo caso: "Lascio a Tizio la disponibile, a Mevio e a Sempronio la legittima, però Tizio erede della disponibile stabilirà quali beni dovranno assegnarsi ai legittimari"

Si domanda: In tutti questi casi c'è violazione del diritto dei legittimari o no?
Il legittimario ha il dovere giuridico di rispettare la volontà del defunto oppure può ribellarsi?
In verità in Francia prevale l'opinione che simile disposizione sia valida, perchè, si è detto, la legge garentisce ai riservatari una data quantità di beni, non già una data qualità; il testatore può disporre che la quota di legittima risulti composta nel modo più che gli piace, purchè non siano violati i limiti della quantità stabilita dalla legge.
Vale a dire che si assegna un cespite di qualità scadente, esso sarà compensato da un altro bene di maggior valore per raggiungere quella certa quantità. E che sia così, si aggiunge, lo dimostra il fatto che il testatore può in via indiretta determinare a suo piacere la composizione della quota di legittima, facendo dei legati in cui comprende i beni che vuole sottrarre al legittimario. Inoltre, anche quando il testatore ha ecceduto durante sua vita, mediante donazioni, i limiti della disponibile, e l'erede riservatario ha diritto alla riduzione, questa non sempre si opera in natura, giacchè quando i beni donati sono passati nelle mani del terzo, il riservatario si deve contentare del valore se escutando il patrimonio del donatario, possa pagarsi (art. 1096).

Ecco quindi come la legge volle garentire la quantità e non la qualità dei beni che debbono formare la riserva.

Ma queste osservazioni sono poco fondate, perchè se il principio è che il legittimario è erede, che la quota di legittima è quota di eredità, ne viene la conseguenza che il legittimario ha lo stesso diritto che ha qualsiasi altro erede nella successione ab intestato, essendo la quota di riserva una successione derivante dalla legge. Ora nella successione ab intestato c'è diritto o no a pretendere la quota in natura? Senza dubbio si, e d'altra parte se c'è un precetto formale ed esplicito che la quota di riserva deve essere data in piena proprietà senza condizione o diminuzione di sorta, l'ordinare nel testamento che nella legittima entri questo o quel cespite, significa imporre un peso o limitazione in quanto che si dà all'erede della disponibile una facoltà di scelta, la quale facoltà, mentre per esso costituisce un vantaggio, per l'erede della legittima importa necessariamente uno svantaggio.

Ciò posto, è evidente come il legittimario abbia diritto ad avere la sua quota in natura e quindi l'assegnazione che faccia il testatore di determinati cespiti per formare la quota del riservatario, è nulla. Nè vale dire che per via indiretta il testatore può ottenere lo stesso risultato.

Perchè nel caso di legati, i beni che ne formano obbietto vengono sottratti non solo alla quota di riserva, ma a tutta la massa ereditaria.
Nel caso poi di riduzione, la regola è che la riduzione si fa in natura: solo per eccezione introdotta per salvare il diritto dei terzi, la riduzione si opera sul valore. In un solo caso si può fare assegnazione dei beni che debbono costituire la legittima ed è quando il padre di famiglia fa la divisione inter liberos, perchè nella divisione inter liberos, se è necessario che il genitore si attenga al valore dei beni, non è necessario che le varie quote siano composte di beni della stessa qualità.
Questo caso è possibile quando ci siano dei figli o discendenti, e la divisione si faccia fra tutti i legittimari come se il testatore assegna e distribuisce i beni che debbono fare parte della legittima, lasciando che gli eredi della disponibile abbiano il condominio dei beni rimanenti.
Ma se non si tratta di figli o discendenti, non è possibile alcuna eccezione, ed in base al principio generale, si deve ritenere nulla ogni disposizione che venga a determinare i singoli beni che debbono formare la quota di legittima.

---

§164. La cautela sociniana e l'art. 810.
Ma se il testatore non può apporre nessuna moda=

lità che venga a diminuire il diritto dei legittimari, c'è un modo di derogare a questa regola senza violare il precetto di legge.

Questo modo fu escogitato da Angelo degli Ubaldi ma viene generalmente attribuito al giureconsulto Socino da cui si chiamò cautela sociniana.

Socino pensò al caso in cui il testatore volesse lasciare tutta l'eredità al legittimario col peso del fidecommesso ed allora egli disse: il testatore può comprendere nel fidecommesso anche la legittima purchè però lasci espressamente al legittimario libertà di scegliere fra i due partiti o avere cioè tutta l'eredità, coll'obbligo di conservare o restituire alla persona designata, oppure di rinunziare alla porzione disponibile ed accettare la sola legittima esente dal peso del fidecommesso.

La cautela Sociniana dunque consiste in ciò che il testatore può anche imporre un peso sulla legittima dando qualche cosa di più al legittimario, con la facoltà alternativa di accettare il lascito con questo peso, oppure di rinunziarvi, contentandosi della sola legittima franca e libera da ogni peso.

Questa cautela sociniana, sebbene il codice non ne parli espressamente, pure è da ritenersi ammissibile perchè non è contraria ai principi generali del nostro diritto successorio, poichè da una parte è conforme alla libertà di disporre

del testatore, dall'altro non viola il precetto di legge per cui il testatore non può imporre alcun peso sulla legittima, giacchè quando si fa una simile disposizione, l'erede riservatario può sempre sceglière o di avere la sua legittima senza alcun peso, oppure di sopportare un peso che viene compensato dal lascito della disponibile.

Una applicazione di questo principio la legge l'ha fatta in un caso particolare previsto dall'art. 810: "Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, gli eredi a vantaggio dei quali la legge riserva la porzione legittima, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione, o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile.
La stessa scelta spetta ai legittimari nel caso in cui si è disposto della nuda proprietà di una quota eccedente la porzione disponibile".

Vediamo quali sono le ipotesi configurate dal legislatore in questo articolo. Si supponga che un testatore abbia fatto un testamento così concepito: "Lascio l'usufrutto di tutto il mio patrimonio al mio amico X, ed a mio figlio, unico legittimario, la nuda proprietà dei miei bene a cui andrà a consolidarsi l'usufrutto quando morrà X". In questo caso abbiamo una disposizione che viene a ledere il diritto che al legittimario

deriva dalla legge, la quale ha riservato al figlio metà del patrimonio del testatore in piena proprietà; mentre qui, finchè viva l'usufruttuario nominato nel testamento, il legittimario avrà la nuda proprietà soltanto della sua legittima.

Ma se il legittimario viene così ad essere leso nel suo diritto di legittima, d'altra parte questa lesione è compensata dal fatto che, alla morte del legatario di tutto l'usufrutto, avrà non solo la piena proprietà della metà del patrimonio cioè della riserva, ma anche la piena proprietà dell'altra metà, cioè della disponibile.

Così abbiamo una disposizione che importa un peso sulla legittima, compensato però dal lascito della porzione disponibile che al legittimario non spetterebbe senza la volontà del testatore. Ora la legge in questo caso dispone che il legittimario ha libertà di scelta, e può o accettare la disposizione e quindi lasciando che X goda dell'usufrutto di tutto il patrimonio subire un peso sulla legittima, della quale fintanto che vive l'usufruttuario non avrà il godimento, oppure, se non crede conveniente ai suoi interessi aspettare che il legatario dell'usufrutto muoia, può rinunziare a quel di più che il testatore gli ha lasciato e pretendere integra la legittima in piena proprietà. Questo caso soltanto era preve=

duto dal Codice francese, ma vi è un altro pel quale vi è controversia in Francia, se debba applicarsi lo stesso principio.

Il nostro Codice risolve la questione in senso affermativo col capov. dell'art. 810 (1). Così nel caso che il testatore lasci al legittimario l'usufrutto di tutto il patrimonio ed ad un altro lasci la nuda proprietà, di modo che il legittimario riceve una diminuzione della sua legittima, in quanto invece della piena proprietà ha il semplice usufrutto e quindi alla sua morte non può trasmettere niente agli eredi, mentre d'altro canto riceve un compenso in quanto invece di godere solo i frutti di ciò che gli sarebbe per legge spettato, cioè

---

(1) In Francia la giurisprudenza è contraria alla equiparazione dei due casi mentre gli scrittori l'ammettono (cf Planiol III 3140) Forse dal punto di vista pratico gli scrittori avranno ragione, ma da un altro punto di vista hanno torto, secondo noi. Se il legittimario ha la nuda proprietà con l'onere dell'usufrutto a favore di altri, dovendo l'usufrutto cessare con la morte del legatario e consolidarsi pertanto con la proprietà, il carattere della legittima non resta punto snaturato; ma quando al legittimario non si lascia che il solo usufrutto, sia pure di tutto il patrimonio, dovendo l'usufrutto estinguersi con la morte di lui, non si comprende

della metà, percepisce le rendite dell'intero patrimonio.

In tal caso se gli conviene preferire questo godimento limitato nel tempo, ma più esteso per l'obbietto, potrà accettare la disposizione e quindi sopportare un peso sulla legittima. Se invece crede poco conveniente ai suoi interessi godere dell'usufrutto di tutto il patrimonio e perdere la proprietà della sua legittima, egli potrà rinunziare al lascito e pretendere la legittima pura e semplice. Ma che accadrà nel caso che il testatore faccia un legato in denaro all'erede riservatario, che comprenda qualche cosa di più del valore della legittima, e gli toglie il diritto di pretendere la legittima in natura: il riservatario che si contenti di questo legato perderà le garenzie speciali che la legge gli concede?

La questione diventa importante quando il riservatario dopo avere accettato il legato, e quindi rinunziato alla qualità di legittimario, non venisse soddisfatto del legato. Deve allora considerarsi qual semplice creditore, oppure conser-

---

come ciò possa conciliarsi con la definizione che il Codice dà della legittima di quota di credito e in proprietà. Il legittimario che accetta il testamento verrebbe ad essere un erede ad tempus e pel solo usufrutto!

va il suo diritto di condominio sui beni eredita=
ri e quindi tutte le azioni spettanti all'erede
legittimario a garenzia della legittima?
Alcuni hanno detto che a lui non compete nes=
suna azione come legittimario, ma che rientra
nella categoria comune dei legatari di cui se=
gue la sorte.

Ma questa opinione è rigettata dalla maggior
parte degli autori ed a me sembra con ragione.
Anzitutto anche quando si fa un legato a taci=
tazione delle ragioni di legittima, questo legato non
si può in tutto e per tutto considerare come un
vero legato, cioè come una vera liberalità del te=
statore, giacchè per la parte corrispondente del=
la riserva non è una liberalità, bensì un modo
particolare di pagamento della riserva. Io padre
di famiglia, dovrei dare, tenuto conto del mio
patrimonio, a mio figlio £ 2000 in beni fondi,
e invece gliene lascio 3000 in danaro. Di queste
£ 3000, mille sono a titolo di liberalità, le rima=
nenti 2000 sono a titolo di riserva. Cosicchè dan=
do £ 3000 in danaro non vengo a distruggere il
diritto di riserva, ma vengo a soddisfare questo
diritto in un modo speciale.
Perciò siffatto legato per la parte corrispondente
alla riserva non è che un modo di pagamento,
che non viene a mutare la natura del diritto
che viene soddisfatto. Resta dunque sempre la

qualità di legittimario per la parte corrisponden=
te alla riserva.

Ma oltre questa ragione di indole razionale, vi è secondo me un'altra di indole positiva tratta dal=
lo stesso codice. Il Codice dispone che gli eredi della disponibile hanno la facoltà di commutare il di=
ritto del coniuge superstite in una pensione vita=
lizia o in un assegno dei frutti di beni immo=
bili o capitali ereditari, come pure il diritto di riserva dei figli naturali può essere commutato a vantaggio dei figli legittimi in un assegno di qualche cespite o in una pensione vitalizia.
Ora in questi casi in cui avviene la commuta=
zione del diritto del coniuge superstite e dei figli naturali, segue forse che il coniuge superstite o il figlio naturale, pel semplice fatto che sono ob=
bligati ad accettare simile specie di pagamento perdono forse le garanzie che la legge concede per la legittima? No. La legge dice infatti nel capo=
verso dell'art. 819: "Sino a che il coniuge non sia soddisfatto delle sue ragioni, conserva i suoi dirit=
ti di usufrutto in tutti i beni ereditari".
Inoltre l'art. 820 dice: "Il coniuge superstite e il figlio naturale per la quota di usufrutto o di proprietà rispettivamente loro attribuite, godono degli stessi diritti e delle stesse garenzie di cui godo=
no i legittimari riguardo alla legittima salvo ciò che è stabilito dagli articoli 815 e 819".

Cosicchè se l'erede incaricato di pagare il legato non ha adempiuto l'obbligo, il riservatario non può considerarsi come un legatario qualunque e non è tenuto a subire la concorrenza degli altri, ma per la parte di legato corrispondente alla sua quota di riserva, dovrà essere considerato come un condomino dei beni ereditari, ed avrà tutte le azioni corrispondenti.

Ancora un'altra questione si fa rispetto alla cautela sociniana. Se più siano gli eredi riservatari e uno voglia accettare la disposizione del testatore mentre gli altri non vogliono, deve ammettersi o no la indivisibilità di tale diritto? Cioè se uno non vuole, perderanno anche gli altri il diritto di accettare?

La questione non si può risolvere astrattamente; non si può dire che il diritto di accettare sia sempre divisibile o indivisibile; tutto dipende dalla volontà del testatore; se la volontà di costui era che tutti o nessuno accettasse la sua disposizione in sostituzione della quota di riserva, allora l'accettazione di un solo non produce alcun effetto; invece se la disposizione è fatta in modo che ciascuno possa scegliere il partito che crede a lui più conveniente, allora uno può accettare e un altro può rifiutare e così si potrà avere una parziale esecuzione della volontà del defunto.

---

§165 - Le varie categorie di legittimari 1°) e 2°) Discendenti e ascendenti.

Varie sono le classi di persone a cui la legge riserva una porzione di beni. Anzitutto si presentano i figli legittimi e i discendenti. La porzione riservata dalla legge ai figli legittimi è una quota fissa. Pel nostro Codice questa è una novità perchè pel Codice Francese, come già nel diritto giustinianeo, la esistenza dei figli legittimi faceva sì che il testatore potesse disporre di una parte più o meno grande del suo patrimonio in proporzione inversa del numero dei figli. Così se v'era un figlio soltanto, la porzione disponibile era la metà e l'altra metà la legittima. Se vi erano due figli la porzione disponibile era $\frac{1}{3}$ e la legittima $\frac{2}{3}$, se erano tre la disponibile era $\frac{1}{4}$ e la legittima $\frac{3}{4}$.

Ora si avvertì che questo sistema, sebbene a prima vista giusto, giacchè col crescere del numero dei figli, cresceva la legittima e diminuiva la disponibile, pur non di meno presentava degli inconvenienti. Il primo era quello che diminuiva eccessivamente la libertà di disporre del testatore in proporzione del numero dei figli. In secondo luogo, posto un limite oltre il quale la porzione disponibile non poteva diminuire, ne veniva l'inconveniente che in parecchi casi mancava la proporzione tra il numero dei fi-

gli e la quantità della legittima.

Dunque si pensò, se la proporzione non si può sempre mantenere, è meglio fissare una quota invariabile, qualunque sia il numero dei figli, e perciò si stabilì che questa quota fissa fosse la metà del patrimonio.

Però una traccia dell'antico sistema si scorge anche oggi nel nostro Codice, nell'art. 806 capov. in cui si dice: "I discendenti però non si contano che per quel figlio che rappresentano". Per spiegare questa frase a prima vista oscura, bisogna ricordare che quando la misura della quota era proporzionata al numero dei figli, nascevano varie questioni intorno alle persone che si dovevano computare per la determinazione della quota, la quale era di metà del patrimonio se il figlio era uno, di $\frac{2}{3}$ se erano due, di $\frac{3}{4}$ se erano tre.

Ora giustamente si domandò se nel computo dei figli bisognava tener conto dei rinunzianti, degli assenti, degli incapaci, oppur no. E nel caso che ai figli succedessero i discendenti di essi, e quindi nel caso che il figlio premorto al defunto lasciasse più figli, bisognava contare tutti questi discendenti, cioè quanti sono i capi, oppure bisognava contarli per stirpi?

Ecco la questione che nasceva col sistema della proporzionalità della quota e che nel nostro codice non nasce più, perchè o alcuno dei figli sia pre=

morto, o sia rinunziante, o sia assente, siano uno o più discendenti, la quota di legittima essendo fissa, sarà sempre costituita dalla metà del patrimonio del defunto.

Perciò costituisce una traccia di questo antico sistema il capoverso dell'art. 806. Infatti l'espressione "si contano per quel figlio che rappresentano era giusta nell'antico sistema, seguito dal codice napoleonico, cioè che bisognava contare i figli che succedevano per rappresentazione come uno per calcolare la quota di riserva.

Ma ora che col nostro sistema più non si contano i figli, essendo fissa la quota di riserva, quella espressione del codice appare inesatta, e ciò anche per un altro riguardo.

Quella frase potrebbe indurre nella opinione che i discendenti del figlio premorto abbiano diritto alla legittima solo nel caso di rappresentanza, perchè solo in questo caso più discendenti si contano per il numero dei loro autori. Invece non è così: i discendenti hanno un diritto proprio sulla legittima, oltre ad avere il diritto di rappresentazione: ciò non solo perchè la successione necessaria è una parziale applicazione della successione ab intestato, ma anche perchè non si concepisce un diritto di rappresentazione, se non quando c'è un diritto proprio di successione, perchè anche la successione per rappresentazione non

è che l'esercizio di un diritto successorio iure proprio.

Quali persone sono comprese nella categoria dei discendenti? Prima di tutto i figli legittimi e poi i figli legittimati. Anche qui bisogna ricordare la questione trattata nella successione ab intestato: cioè i figli legittimati per subsequens matrimonium hanno diritto alla legittima, i figli invece legittimati per decretum principis ove il decreto sia posteriore alla morte del de cuius, non possono considerarsi come legittimari, non producendo il decreto effetto retroattivo, ma avendo efficacia ex nunc.

Vengono poi i figli adottivi, i quali, sebbene non siano interamente usciti dalla propria famiglia, pure entrano a far parte della famiglia dell'adottante e acquistano il diritto alla successione verso il genitore adottivo. Oltre i figli legittimi, i legittimati e gli adottivi, ci sono i discendenti di costoro, il che significa che se anche tutti i figli di primo grado abbiano rinunziato, cosicchè ai loro discendenti non spetta il diritto di rappresentazione (giacchè non si rappresenta il rinunziante) i discendenti hanno ciò non di meno diritto alla riserva.

Un'altra categoria di legittimari o riservatari è costituita dagli ascendenti, per i quali la legge stabilisce pure una quota fissa di riserva

qualunque sia il loro numero; cioè tanto se vi sia un solo genitore, quanto se vi siano tutti e due, tanto se siano ascendenti di primo grado, quanto se siano di grado più remoto, la quota stabilita è sempre $\frac{1}{3}$.

Questo terzo ci spiega quel limite insuperabile che mette la legge nella successione ab intestato degli ascendenti stessi.

Abbiamo visto infatti che quando gli ascendenti consuccedono con fratelli e sorelle del defunto, la divisione si fa per capi; però quando il numero dei fratelli e delle sorelle è tale che la divisione per capi importerebbe per gli ascendenti una porzione inferiore al terzo, questo si preleva a favore degli ascendenti e il resto si suddivide tra i fratelli e le sorelle.

La legge ha così disposto perchè in generale la quota di riserva è sempre inferiore alla quota ab intestato, perchè la quota di riserva è sempre calcolata sopra una parte del patrimonio che si dice indisponibile, mentre la quota ab intestato si calcola sull'<u>intero</u> patrimonio.

Ora se la legge nella successione ab intestato non avesse posto questa limitazione, ne sarebbe venuto che quando il numero dei fratelli e sorelle fosse eccessivo, gli ascendenti avrebbero avuto nella successione ab intestato una quota minore della porzione di riserva. Per evitare simile inconveniente, la legge ha stabilito che deve essere riservato il terzo agli ascendenti e così si sono conciliate le disposizioni della

successione necessaria con quelli della successione ab intestato.

Come si divide il terzo riservato agli ascendenti?
Nello stesso modo con cui si divide nella successione ab intestato: se vi sono tutti e due i genitori, entrambi se lo dividono per metà ed avranno $\frac{1}{6}$ per ciascuno; se vi è un solo genitore, questi avrà il terzo per intero. Se vi sono ascendenti di altro grado, bisogna distinguere se sono nella stessa linea, oppure se sono in diversa linea. Se sono nella stessa linea, il terzo si divide in parti eguali; se sono in linea diversa, la divisione si fa per linee, cioè un sesto agli ascendenti della linea paterna e un sesto a quelli della linea materna: quantunque nelle diverse linee vi sia disparità di numero. Ciò se tutti sono dello stesso grado, ove siano poi di grado diverso, il più prossimo esclude il più remoto.
Queste regole che la legge applica nelle successioni ab intestato, ripete poi nella successione necessaria (art. 807.)

Oltre gli ascendenti legittimi, vi sono gli ascendenti naturali i quali nella successione ab intestato hanno diritto di succedere al figlio naturale quando questi non lasci discendenti legittimi. Ma non avviene così nella successione necessaria: se alcuno muore senza lasciare discendenti legittimi e lasciando solo il genitore naturale, a costui non compete alcuna riserva. Sicchè se un figlio naturale muore sen=

za lasciare discendenti legittimi, può disporre validamente di tutto il suo patrimonio a favore di chiunque, senza avere riguardo al genitore naturale.

La legge ha voluto trattare più sfavorevolmente il genitore naturale nella successione necessaria. Così pure i genitori adottivi non hanno diritto alla riserva laddove i figli adottivi hanno diritto alla riserva verso l'adottante. Infine nemmeno i fratelli e le sorelle hanno diritto alla riserva, sebbene essi concorrano per capi con gli ascendenti nella successione ab intestato. Ciò per alcuni è degno di critica perchè si è detto: anche i fratelli e le sorelle essendo uniti al defunto da stretti vincoli di sangue, meritavano il diritto alla riserva, tanto più che ad essi il diritto romano concedeva il diritto di legittima quando nel testamento fosse stata istituita una persona turpe.

Ma oggi invece si può istituire erede universale la propria concubina e non lasciar niente ai fratelli e le sorelle, il che a dire il vero è ingiusto.

---

§ 166 *La riserva del coniuge superstite.*

Ma oltre i riservatari di cui abbiamo parlato e che si potrebbero dire classici, ve ne sono altri il cui diritto essendo modificato da alcune disposizioni di legge, non ha la stessa efficacia della riser=

va di cui abbiamo parlato. È per questo che la legge ne parla a parte avuto anche riguardo alla tradizione storica, giacchè il diritto anteriore disconosceva questa classe di riservatari.
Essa è costituita dal coniuge superstite e dai figli naturali. Cominciamo dal coniuge superstite.
Solo il Codice civile Italiano, e in ciò segna un grande progresso segna un grande progresso sulle legislazioni anteriori, ha ammesso la riserva a favore del coniuge superstite. Però la riserva del coniuge superstite differisce molto da quella dei discendenti legittimi e degli ascendenti, in quanto che, mentre la quota di riserva degli ascendenti e dei discendenti legittimi, come pure quella dei figli naturali è una quota in proprietà, invece la riserva del coniuge superstite è sempre una quota in usufrutto, la cui misura varia secondo i casi di concorso.
Anzitutto quali sono le condizioni necessarie perchè il coniuge superstite possa pretendere il diritto alla riserva?
Sono quelle stesse condizioni che occorrono perchè il coniuge superstite sia chiamato nella successione ab intestato. Cioè che al momento della morte del testatore abbia la qualità di coniuge, e quindi è necessario che il matrimonio non sia stato precedentemente annullato, ancorchè sia dichiarato matrimonio putativo.
Non basta che ci sia la qualità di coniuge, ma

è necessario ancora che contro di lui non sia stata pronunziata una sentenza di separazione personale per colpa di lui.
Però non basta che vi sia contro il coniuge una sentenza di separazione, ma è necessario che questa sentenza sia passata in giudicato prima della morte del testatore, perchè se non è passata in giudicato, non avendo acquistato carattere irrevocabile, non si può dire che il coniuge superstite sia in colpa nè d'altra parte il giudizio di separazione si può continuare dopo la morte di uno dei coniugi, trattandosi di un giudizio che si basa sopra un interesse morale e quindi personale all'altro coniuge.
Ancora non basta che la sentenza pronunziata contro il coniuge superstite sia passata in cosa giudicata, ma è necessario che questa sentenza conservi tuttora efficacia dopo la morte del testatore, perchè ben può avvenire che abbia perduta ogni efficacia.

Infatti la sentenza di separazione perde efficacia qualora sia avvenuta la conciliazione dei coniugi. Quindi se nonostante la sentenza di separazione passata in giudicato, il testatore si è conciliato col coniuge superstite e perciò la sentenza ha perduto la sua efficacia, essa non sussiste al tempo della morte del testatore; il coniuge superstite contro cui fu pronunziata la separazione ha riacquistato per la segui=

la conciliazione il diritto alla riserva, come se la sentenza non ci fosse stata. Il che risulta dall'articolo 812.

Premesse queste idee generali, veniamo ad esaminare i vari casi di concorso del coniuge superstite. Esso può concorrere con discendenti legittimi, con ascendenti e può anche succedere in mancanza di discendenti e di ascendenti.

Se il coniuge superstite concorre con discendenti, la legge gli assegna una quota in usufrutto con lo stesso criterio con cui gliela assegna nel caso di successione ab intestato. Si è detto a proposito di quella successione che l'eredità si divide in tante parti quanti sono i figli più il coniuge, e la porzione così risultante si dà in usufrutto al coniuge. Lo stesso ha luogo per la riserva (art. 812). Cosicchè la differenza che passa tra la successione ab intestato e la successione necessaria è questa che mentre nella successione ab intestato lo obbietto da dividersi è tutta l'eredità, qui invece la quota del coniuge non si calcola su tutta l'eredità, ma sulla metà, cioè sulla porzione riservata ai figli legittimi.

Adunque se tutto l'asse ha un valore di £ 50.000 e i figli lasciati sono tre, il coniuge superstite avrà diritto al quarto in usufrutto di £ 25.000 che è metà del patrimonio. Un'altra differenza, ma di mera locuzione, esiste tra la successione ab intestato

e la successione necessaria.
Mentre nella successione ab intestato l'asse si divide in tante parti quanti sono i figli più il coniuge superstite e inoltre si dice che il coniuge superstite non può avere più del quarto dell'eredità in usufrutto, questa limitazione al diritto del coniuge superstite non si ripete nell'art. 812. Ma la differenza è formale soltanto.
Il Codice ha creduto bene di non ripetere questa limitazione non essendovene il bisogno, giacchè se il figlio sia uno solo, il coniuge dovendo essere computato nel numero dei figli e quindi dovendo dividersi la metà del patrimonio per due, non può avere più del quarto dell'intera eredità.
Un'altra differenza notevole fra la successione ab intestato e la successione necessaria è che quando il coniuge superstite nella successione ab intestato concorre con figli naturali e figli legittimi, la sua porzione viene ad essere diminuita dal concorso dei figli naturali, invece nella successione necessaria, il coniuge superstite, anche se concorre con figli legittimi e con figli naturali, ha sempre la stessa quota come se concorresse con soli figli legittimi, perchè nella ripartizione della prima metà del patrimonio, si tiene conto soltanto del numero dei figli legittimi, quindi il coniuge non subisce nessuna diminuzione nel suo diritto per la presenza dei figli naturali.

Ancora un'altra differenza. Mentre nella successione ab intestato è molto dubbio se nel caso di figli rinunzianti e quindi di successione dei vari figli del rinunziante iure proprio, il diritto del coniuge superstite, che con essi concorre, debba essere commisurato al numero dei figli, ancorchè rinunzianti o a quello dei discendenti che effettivamente succedono, alcun dubbio non nasce nella successione necessaria in cui, si tratti di figli o si tratti di discendenti di ulteriore grado, il calcolo si fa sempre tenendo conto solo del numero dei figli, sia che essi succedano realmente, sia che abbiano rinunziato. Questo è detto nell'art. 812. Così segue che la quota del coniuge superstite in concorso con figli legittimi è variabile, e il massimo che può avere è $\frac{1}{4}$, quando succede con un solo figlio legittimo, ma se sono più potrà avere $\frac{1}{5}, \frac{1}{6}, \ldots, \frac{1}{10}$ e via dicendo.

Invece quando il coniuge superstite concorre con discendenti legittimi, la sua quota è fissa ed invariabile: (art. 813: "Se il testatore non lascia discendenti, ma ascendenti, la parte riservata al coniuge è il quarto in usufrutto".

Ma nel caso che il coniuge sia il solo riservatario, ha diritto al terzo sempre in usufrutto. Appunto perchè la quota di riserva del coniuge superstite è sempre una quota di usufrutto; si differenzia da quella degli altri riservatari, la quale conse=

risce la qualità di erede, mentre questa del coniu=
ge superstite gli conferisce la qualità di legatario.
Ancora un altro limite soffre il diritto del coniu=
ge superstite, limite che si incontra anche nel=
la successione ab intestato, ma con la differenza che
nella successione ab intestato lo soffre solo in presen=
za dei figli legittimi, mentre nella successione ne=
cessaria è tenuto a subirlo anche se vi siano e=
redi estranei.
Esso consiste nell'obbligo del coniuge superstite
di accettare invece dell'usufrutto su beni in
natura, l'assegno di una rendita vitalizia, o
l'assegno di frutti di beni immobili o capitali
da determinarsi di accordo, e altrimenti dalla
autorità giudiziaria avuto riguardo alle circo=
stanze del caso (art. 819)

---

§ 167 - La riserva dei figli naturali.

Oltre il coniuge superstite, anche i figli natu=
rali hanno diritto alla riserva. La legge a tale
proposito prevede tre casi: 1°) che i figli naturali
concorrano con figli legittimi;
2°) che concorrano con ascendenti;
3°) che non vi siano altri legittimari.
Nel caso in cui i figli naturali concorrano con i
legittimi, la legge adotta lo stesso criterio adot=
tato nella successione ab intestato come risulta dal=

l'art. 815: "Quando il testatore lascia figli o ascendenti legittimi e figli naturali legalmente riconosciuti, questi ultimi hanno diritto alla metà della quota che loro sarebbe spettata se fossero legittimi.

Per il calcolo della quota dovuta ai figli naturali fanno numero anche i figli legittimi con facoltà a questi di soddisfarla nei modi stabiliti dall'articolo 744" Fermiamoci a spiegare questo articolo che fa una ipotesi comprensiva: cioè sia che i figli naturali concorrano con legittimi, sia che concorrano con ascendenti, hanno sempre diritto alla metà di quella quota che sarebbe loro spettata se fossero stati legittimi.

Questo criterio generale però porta a diverse conseguenze, secondo che il concorso avviene con figli legittimi o con ascendenti. Se il figlio naturale concorre con i legittimi, la legge ha creduto opportuno aggiungere una spiegazione nel capoverso dell'articolo: non bastava dire che il figlio naturale in concorso con i legittimi deve avere metà di ciò che gli sarebbe spettato se fosse stato legittimo, perchè applicando questa disposizione sic et simpliciter, in certi casi il figlio naturale potrebbe avere o la stessa quota o anche più del figlio legittimo

Infatti supponiamo che una persona morendo lasci quattro figli legittimi e uno naturale. Per i quattro figli legittimi è riservata metà del patrimonio,

sicchè ciascun figlio riceverà un quarto di questa metà, cioè un ottavo di tutto il patrimonio: se il figlio naturale dovesse ricevere la metà di quanto avrebbe ricevuto se fosse stato legittimo, avremmo che siccome se fosse stato legittimo avrebbe avuto metà del patrimonio, ora gli toccherebbe un quarto dell'intero asse.

Per evitare questo inconveniente la legge ha aggiunto che la quota spettante al figlio naturale, bisogna calcolarla tenendo conto del numero dei figli legittimi. Cosicchè nell'esempio da noi fatto, essendovi 4 figli legittimi, ne segue che siccome un quinto spetterebbe al figlio naturale se fosse legittimo, cioè un decimo dell'eredità, dovendo riceverne la metà, prenderà un decimo della porzione indisponibile, ossia un ventesimo della eredità intera.

Adunque concorrendo figli naturali e figli legittimi, la quota dei naturali varia secondo che varia secondo che varia il numero dei figli legittimi; più cresce il numero dei figli legittimi, più diminuisce la quota spettante ai figli naturali; la quale perciò non è una quota fissa, ma variabile. Invece se i figli naturali concorrono con ascendenti legittimi del defunto, la legge non tiene conto del numero degli ascendenti, ma dice semplicemente che bisogna assegnare ai figli naturali metà di quella quota che sarebbe loro

spettata se fossero stati legittimi.

Ora se il figlio naturale fosse stato legittimo avrebbe escluso l'ascendente e avrebbe preso la metà del patrimonio, quindi avrà la metà di questa metà, cioè $\frac{1}{4}$ del patrimonio.

Quindi sebbene la legge non dica espressamente che i figli naturali in concorso con gli ascendenti legittimi, hanno sempre diritto al quarto di proprietà, pure ciò risulta chiaramente perchè questa quota rappresenta la metà di ciò che avrebbero avuto se fossero stati legittimi. Onde nonostante che unico sia stato il principio su cui si è fondato la legge per stabilire la quota dei figli naturali, pure diverse ne sono le conseguenze, secondo che i figli naturali concorrono con i legittimi o con gli ascendenti. Se concorrono con figli legittimi, la loro quota varia con il variare del numero di questi, se concorrono con ascendenti, la loro quota è fissa ed è $\frac{1}{4}$.

L'altra ipotesi è che non vi siano nè ascendenti nè discendenti ed è dalla legge prevista all'articolo 816: "Quando non vi sono discendenti nè ascendenti legittimi i figli naturali hanno diritto a due terzi della quota che loro sarebbe spettato se fossero legittimi". Cioè in questo caso hanno diritto ai $\frac{2}{3}$ della metà del patrimonio, metà che avrebbero avuta se fossero stati legittimi, cioè a un terzo dell'intero patrimonio. Quindi riepilogando,

i figli naturali in concorso con i figli legittimi, hanno una quota variabile, in concorso con ascendenti, la quota fissa di 1/4 e senza alcun concorso, 1/3.

Oltre i figli naturali di primo grado, hanno diritto alla legittima anche i discendenti legittimi dei figli naturali.

La legge prevede il caso di rappresentazione, cioè se un figlio naturale o tutti i figli naturali sono premorti, assenti o indegni, i figli del premorto, dell'assente o dell'indegno, succedono per rappresentazione (art. 817). La legge a dir vero nell'art. 817 prevede il caso più comune della premorienza, ma ad esso bisogna aggiungere quello dell'assenza e quello della indegnità.

Inoltre è da ammettere il diritto di succedere per ragion propria anche nel caso di rinunzia. Avviene nella successione necessaria lo stesso che nella successione ab intestato, a proposito della quale noi dicemmo che se anche il figlio naturale sia rinunziante e quindi non possa aver luogo il diritto di rappresentazione in favore dei suoi figli legittimi, questi saranno chiamati a succedere per ragion propria. Qual'è la indole del diritto di riserva dei figli naturali? È la stessa questione che si fece nella successione ab intestato e perciò noi non ripeteremo quello che ivi abbiamo detto; ma ricorderemo il risultato cui giungemmo, che cioè il diritto dei figli naturali si deve conside=

rare come un diritto ereditario. Il figlio naturale ha la qualità di erede perchè la legge gli assegna una quota in proprietà $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$ o una quota variabile, secondo i vari casi di concorso, ma è sempre una quota di proprietà; ora quando dal testamento o dalla legge viene attribuita ad una persona una quota in proprietà, questa attribuzione conferisce la qualità di erede. Alla nostra opinione una grave obbiezione si è fatta, desunta dalla facoltà che hanno i figli legittimi che concorrono con i naturali di soddisfare il diritto di questi ultimi nei modi stabiliti dall'art. 744

Dunque si è detto, se i figli legittimi hanno questa facoltà, vuol dire che i figli naturali non sono eredi perchè la qualità di erede importa il diritto di condominio sul patrimonio ereditario, diritto di condominio che non c'è se i figli naturali non possono pretendere di avere una quota formata di tutti e di ciascun bene ereditario e perciò sono piuttosto dei legatari ex lege, che eredi.

Noi a suo tempo confutammo tale opinione e quindi non ci ripeteremo; soltanto diciamo che codesta facoltà che hanno i figli legittimi, non tocca la natura del diritto dei figli naturali, ma tocca soltanto la soddisfazione di esso, si tratta di un modo speciale di pagamento, di un modus solvendi, ma la sostanza del diritto è sempre quella.

---

§ 168 - Disposizioni comuni alla riserva del coniuge superstite e a quella dei figli naturali: La riserva dei figli naturali e del coniuge differisce dalla riserva assegnata ai figli legittimi e agli ascendenti in questo che essa è una riserva per se stante, cioè è una detrazione della disponibile e non già una detrazione della porzione di riserva spettante ai figli legittimi o agli ascendenti. Non bisogna infatti credere che concorrendo il coniuge superstite con ascendenti e concorrendo i figli naturali con discendenti legittimi o ascendenti, i discendenti o gli ascendenti abbiano a soffrire una diminuzione della loro riserva per la presenza del coniuge superstite o dei figli naturali; no perchè la riserva assegnata al coniuge superstite o ai figli naturali costituisce una detrazione della disponibile. Quindi poniamo il caso che alcuno morendo lasci un figlio legittimo e un figlio naturale. Il figlio naturale avrà metà della quota che gli sarebbe spettata se fosse stato legittimo, comprendendo nel numero dei figli tanto il legittimo che il naturale, ma il computo dei figli legittimi si fa solo per determinare la quota astratta, ma non è già che la quota che spetta al figlio naturale si detragga dalla quota che spetta al legittimo: questi conserva integra la sua quota e il quarto, quinto, sesto, ecc dovuto al figlio naturale, si detrae dalla quota disponibile. Così anche concorrendo figli naturali con ascendenti, abbiamo

visto che la quota riservata ai primi è un quarto dell'eredità. Ebbene, questo quarto forse dovrà sottrarsi dal terzo che spetta agli ascendenti? il quarto costituirà una detrazione della disponibile. Sicchè quando una persona lascia figli legittimi o ascendenti e figli naturali o il coniuge superstite, la disponibile non è più la metà del patrimonio o i $\frac{2}{3}$, ma la metà del patrimonio o i $\frac{2}{4}$ meno ciò che spetta ai figli naturali o al coniuge: la disponibile quindi è minore della metà o dei due terzi. Ciò è importante rilevare per intendere quando i figli legittimi possono esercitare la facoltà di pagare ai figli naturali la loro quota in danaro o in immobili ereditari. Fermandosi alla lettera della legge parrebbe che i figli legittimi abbiano questa facoltà sempre. Ma non è così; tenendo conto dell'insieme delle disposizioni di legge, dobbiamo concludere che i figli legittimi hanno quella facoltà solo quando siano eredi della disponibile, giacchè la legge ha voluto loro concedere questa *facultas solutionis* per la ragione appunto che la quota spettante ai figli naturali costituisce una detrazione della disponibile. Ora la legge, volendo favorire la condizione dei figli legittimi ha detto: è bene che costoro per non soffrire il condominio dei figli naturali, possano pagare i loro diritti in danaro o in immobili ereditari.

Ma se i figli legittimi non hanno niente della disponibile, non possono pretendere di esercitare questa facoltà, perchè ne mancherebbe la base che è l'interesse pratico. Infatti quale interesse avrebbero i figli legittimi, che fossero soltanto riservatari a vietare il condominio ereditario ai figli

naturali? Nessuno, e quindi in questo caso non potranno costringerli a ricevere invece della loro quota del danaro o degli immobili ereditari. Invece solo quando sono eredi della disponibile, sorge l'interesse di allontanare i figli naturali dal condominio ereditario e quindi il diritto di pagare la loro quota in danaro o in immobili ereditari. Ma se la riserva dei figli naturali e del coniuge superstite è una vera distrazione della disponibile, essa è sempre una riserva, è sempre un diritto derivante ex lege che conferisce la qualità di riservatario tanto al coniuge superstite che ai figli naturali; quindi essi hanno tutti i diritti e tutte le garenzie che hanno gli altri riservatari.

Ne segue perciò che non si può apporre un peso o una condizione o una modalità qualsiasi alla riserva del coniuge e dei figli naturali: così se il testatore lascia al coniuge superstite soltanto la legittima, non potrà apporre la conditio viduitatis perchè è vero che tale condizione si può apporre validamente, ma la legge si riferisce alle disposizioni testamentarie, mentre nel caso di riserva non si ha disposizione testamentaria, ma una disposizione ex lege. Cosicchè se il testatore lascia al coniuge superstite oltre la quota di riserva qualche cosa di più e appone la condizione di vedovanza, ove il coniuge superstite violi tale condizione, egli non perderà tutto, ma perderà quella parte che eccede la legittima la quale resterà salva, appunto perchè la legittima non sopporta, nè pesi, nè condizioni.

Un'altra conseguenza che deriva dal fatto che la riserva del coniuge superstite è dei figli naturali è una

riserva come un'altra, e che essa deve essere calcolata non solo sul quid relictum ma sul quid relictum più il quid donatum cioè anche sul patrimonio di cui si dispose per atti tra vivi. E finalmente anche al coniuge superstite e ai figli naturali compete l'azione di riduzione che compete a tutti i riservatari.

Ma se i figli naturali e il coniuge superstite hanno tutti i diritti dei legittimari, ne hanno pure tutti gli obblighi, fra cui specialmente quello dell'imputazione, il che è disposto dall'art. 820. A prima vista parrebbe che questa disposizione sia di ordine eccezionale. Ma ciò non è esatto perchè guardando l'art. 1026 si vede che l'obbligo della imputazione incombe a tutti i legittimari, onde il capoverso dell'art. 820 non è che un'applicazione dell'articolo 1026. Se per l'art. 1026 ogni legittimario prima di lamentarsi che la sua quota non è integra, deve imputare nella sua porzione ciò che ha ricevuto a titolo di liberalità testamentaria o di donazione, ne viene la conseguenza logica e necessaria che anche il coniuge, anche i figli naturali, come tutti gli altri riservatari, debbono imputare nella loro quota di legittima le donazioni e le liberalità testamentarie che hanno ricevute, dopo fatta questa imputazione, si trovi che la quota di riserva non è integra, solo allora si può domandare la riduzione.

Adunque nessun carattere eccezionale ha la disposizione dell'art. 820, la quale invece ricade sotto il principio dell'art. 1026.

Il Codice però in questo capoverso ha adoperata una locuzione più ristretta: non ha parlato di donazioni in generale fatte in favore del coniuge superstite, perchè tali donazioni non si possono fare, ma ha parlato soltanto di ciò che gli sia pervenuto per effetto delle convenzioni matrimoniali.
Però la frase usata dal Codice, sebbene esatta per questo riguardo, è inesatta da un altro canto, perchè dicendosi che bisogna imputare tutto ciò che è pervenuto per convenzioni matrimoniali, parrebbe a prima vista che il legislatore si sia voluto riferire a ciò che proviene dalla comunione degli utili.
Ora dalla comunione può pervenire un effetto vantaggioso al coniuge superstite. Infatti se i due patrimoni sono di eguale entità, non c'è vantaggio di un coniuge sull'altro, ma se il patrimonio del defunto è di gran lunga superiore di quello del coniuge superstite, la ripartizione eguale dei lucri fa un vantaggio per il coniuge superstite, un danno pel patrimonio del coniuge defunto. Ciò posto si deve imputare quest'utile nella quota del coniuge superstite?
A volere applicare la legge come è scritta, parrebbe di sì, perchè quest'utile di fatto è pervenuto dalle convenzioni matrimoniali relative alla comunione degli utili, ma guardando lo spirito della legge per cui bisogna imputare tutto ciò che si può considerare come liberalità, quello che proviene dalla comunione degli utili non si deve imputare, perchè, sebbe=

ne materialmente possa costituire un vantaggio, non ha carattere di donazione per l'espressa disposizione di legge contenuta nell'art. 1420: "Il patto col quale si stabilisce che i coniugi parteciperanno in parti disuguali negli utili, ovvero che il sopravvivente preleverà su di essi una porzione, non è riguardata come liberalità soggetta alle regole della donazione, nè per la sostanza nè per la forma".

La legge poi dice ancora che bisogna imputare tutto ciò che è soggetto a collazione secondo le norme di legge. Però noi sappiamo che dalla collazione si può essere dispensati. Ora si può essere dispensati dalla imputazione per il calcolo della legittima? Sì però questa dispensa ha un'efficacia limitata, cioè ha efficacia verso i donatari posteriori, non già verso i donatari anteriori. E questo è detto nell'art. 1026 capoverso: "La dispensa però non ha effetto a danno dei donatari anteriori".

Dunque benissimo un padre di famiglia può assegnando la dote alla figlia, dispensarla dalla imputazione sulla legittima. Ma questa dispensa avrà efficacia verso i donatari posteriori, cioè se la figlia intenta l'azione di riduzione contro i donatari posteriori alla costituzione di dote essa non è tenuta ad imputare, ma se intenta l'azione di riduzione contro i donatari anteriori, è tenuta alla imputazione.

Ciò è stato disposto dalla legge per tutelare, in

quanto era possibile i diritti acquisiti dai terzi.
Come si fa l'imputazione? Anche questa questione è stata da noi esaminata e non ci ripeteremo.
Ricorderemo solo che quando l'imputazione è tra proprietà e proprietà, è facile. Invece quando il coniuge superstite ha diritto ad una quota in usufrutto ed ha avuto donazioni in proprietà, allora come si fa a detrarre dal capitale avuto in donazione l'usufrutto che gli spetta?
Ricordiamo che tra i vari metodi proposti, l'unico che credemmo degno di essere accolto, fu quello della capitalizzazione.

---

Per l'azione a garenzia della riserva, cioè per l'azione di riduzione si rinvia il lettore al vol. I Lez.ni XXII e XXIII.

# Indice

Indice. Dir. Civ.